

ALMA MATER STUDIORUM - UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BOLOGNA

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO DELL'ECONOMIA E
DELLE RELAZIONI INDUSTRIALI
INDIRIZZO DIRITTO DEL LAVORO - XXII° CICLO

IL DISTACCO DEL LAVORATORE
NEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA E ITALIANO

Tesi in Diritto del Lavoro
Settore Scientifico Disciplinare IUS/07

Relatore
Chiar.mo Prof. Marcello Pedrazzoli

Presentata da
Stefano Tortini

Coordinatore
Chiar.mo Prof. Germano Dondi

INDICE SOMMARIO

Capitolo I

NASCITA ED EVOLUZIONE DELL'ISTITUTO

1. Le origini del distacco e lo sviluppo delle sue discipline nel settore pubblico.
2. Il distacco nel settore privato fra creazione giurisprudenziale e specifiche previsioni legislative.
3. Cenni su altre tappe e motivi del percorso regolativo dell'istituto in ambito nazionale e comunitario.

Capitolo II

L'INQUADRAMENTO DEL DISTACCO NELLA LIBERA PRESTAZIONE DI SERVIZI: COROLLARI DI DIRITTO COMUNITARIO

1. Le libertà fondamentali del TCE: in particolare, la libera prestazione di servizi.
2. Nozione di «servizio»: sovrapposibilità alla circolazione di beni e tratti essenziali (carattere autonomo, transnazionalità, temporaneità, soggetti fruitori).
3. *Market access* e modelli di integrazione comunitaria.
4. *Segue*. Il principio del trattamento nazionale.
5. *Segue*. La dottrina degli ostacoli: il principio di mutuo riconoscimento (o di equivalenza funzionale)
6. *Segue*. Il principio del paese d'origine.
7. Sovrapposizioni fra circolazione dei lavoratori e prestazione di servizi: alcune decisioni recenti della Corte di Giustizia (casi *Viking*, *Laval*, *Riiffert*, *Granducato del Lussemburgo*).

Capitolo III
DALLA DIRETTIVA COMUNITARIA ALL'ARTICOLAZIONE
DELLA DISCIPLINA NAZIONALE

1. La Direttiva 96/71. Cenni introduttivi.
2. Le ipotesi di distacco previste: raffronti con appalto di servizi, distacco nei gruppi di società e somministrazione di lavoro.
3. *Segue*. Elementi comuni e differenziali delle ipotesi.
4. Il nocciolo duro (*hard core*) della protezione: quanto incide la contrattazione collettiva?
5. L'attuazione italiana (D. Lgs. 72/2000) e le discordanze dalla Direttiva.
6. La disciplina del distacco nell'art. 30 D. Lgs. 276/2003.
7. Tensioni e convergenze tra diritto nazionale e diritto comunitario nella regolazione dell'istituto. Considerazioni di sintesi.

BIBLIOGRAFIA

CAPITOLO I

NASCITA ED EVOLUZIONE DELL'ISTITUTO

SOMMARIO: 1 Le origini del distacco e lo sviluppo delle sue discipline nel settore pubblico. - 2. Il distacco nel settore privato fra creazione giurisprudenziale e specifiche previsioni legislative. 3. Cenni su altre tappe e motivi del percorso regolativo dell'istituto in ambito nazionale e comunitario.

1. Le origini del distacco e lo sviluppo delle sue discipline nel settore pubblico

Nell'ambito di una legislazione che, per molto tempo, non ha contemplato forme di scissione fra la titolarità del rapporto di lavoro e l'esercizio del potere direttivo, il distacco ha rappresentato una sorta di figura eretica, poiché ha infranto, entro determinate condizioni, il dogma dell'unicità del soggetto titolare del rapporto e del beneficiario della prestazione, configurando una situazione di divorzio temporaneo tra il datore di lavoro e quello che utilizza la prestazione stessa¹.

L'istituto, come noto, vede la sua genesi nel settore pubblico, ove viene impiegato sin dagli anni cinquanta, ottenendo pieno riconoscimento nonché una regolamentazione di carattere generale². Esso si differenzia dal comando e presenta connotati dissimili rispetto a quelli successivamente acquisiti nel settore privato.

Si tratta di una figura ibrida, coniata dalla prassi amministrativa, che risulta da sempre priva di una disciplina organica assimilabile a quella del comando o del collocamento fuori ruolo. Parte della dottrina, infatti, in assenza di una normativa particolareggiata a cui ancorare la fattispecie, si è spinta a sostenere

¹ Cfr. A. ARMENTANO, *Il distacco nelle crisi e nelle riorganizzazioni aziendali*, in *Sezione Quinta, Organizzazione d'impresa e variabilità dell'impiego*, p. 455.

² Cfr. C. ZOLI, *Articolo 30, Distacco*, in M. PEDRAZZOLI (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro*, Bologna, 2004.

che il distacco si potrebbe addirittura configurare come una variante semantica del comando.

Comunque, entrambi gli istituti non comportano la costituzione di un nuovo rapporto di impiego fra il dipendente e la P.A. che rimane quello originario, ma determinano la dislocazione temporanea del lavoratore presso un ufficio diverso da quello in cui adempie alle sue prestazioni e diretto da altra amministrazione, ove è chiamato ad espletare le proprie mansioni.

Più precisamente, in virtù degli artt. 56 e 57 del Tu 3/57 e dell'art. 34 del DPR. 1077/70, mediante cui il diritto pubblico faceva riferimento al distacco, si definiva comando la particolare posizione del dipendente statale destinato a prestare servizio presso un'amministrazione diversa da quella di appartenenza³ mentre la prassi amministrativa enucleava nel distacco il passaggio del lavoratore da un'amministrazione statale ad un ente pubblico diverso, per esigenze temporanee, ovvero l'assegnazione ad un ufficio diverso rispetto a quello ove il dipendente risultava stabilmente assunto, in attesa che venisse formalizzato il trasferimento definitivo⁴.

Il meccanismo di funzionamento dell'istituto non determina una vacanza di posto nell'amministrazione di appartenenza del soggetto distaccato, poiché la posizione ivi costituitasi deve rimanere a disposizione di quest'ultimo.

Occorre peraltro rimarcare che il distacco, come già evidenziato in precedenza, presenta un tratto caratterizzante, che i giuristi hanno ampiamente segnalato, consistente nell'assenza di una disciplina giuridica organica tesa a regolamentarlo: in conseguenza di ciò, esso si pone come mera situazione di fatto concretata dallo svolgimento delle proprie funzioni di istituto presso uffici dipendenti da altra amministrazione, mentre il comando risulta fruibile solo entro vicende normative tipizzate e predefinite. Le due fattispecie rappresentano, da sempre, strumenti di mobilità temporanea del personale, impiegati dalla P.A. in suoi diversi comparti⁵.

³Vedi M. GAMBACCIANI, *La disciplina del distacco nell'art. 30 del D. Lgs. 276/2003*, in *ADL*, 2005.

⁴ Le norme testè citate appaiono ancor oggi vigenti, poiché vengono riprese e confermate dagli artt. 14-17 della Legge 127/1997, se pur risultano del tutto superate dai contratti collettivi che, in ragione delle prescrizioni degli artt. 69 e 71 del D. Lgs. 165/2001, prevalgono su di esse. Vedi F. CAPURRO, *Il distacco*, in *D&L*, 2004, 260.

⁵ Cfr. M. GARATTONI, *Comando, distacco e altri strumenti di mobilità temporanea nel pubblico impiego*, tra

Nel settore privato, l'art. 2139 del Codice civile stabilisce la possibilità di spostare il lavoratore da un imprenditore originario ad un soggetto imprenditoriale terzo, se pur unicamente in relazione ad uno scambio di manodopera fra imprenditori agricoli⁶.

Ma era la giurisprudenza che, negli anni successivi, si rendeva protagonista nel determinare in linea di massima, la morfologia dell'istituto. Mediante le sue svariate pronunce in materia, asseriva che il comando o il distacco di un lavoratore disposto dal datore di lavoro presso altro soggetto, destinatario delle prestazioni lavorative, era configurabile quando sussistevano l'interesse del datore di lavoro a che il lavoratore prestasse la propria opera presso il distaccatario nonché la temporaneità del distacco, intesa non come brevità ma come non definitività con la possibilità della permanenza, in capo al distaccante, sia del potere direttivo, eventualmente delegabile al distaccatario, sia del potere di determinazione della cessazione del distacco.

Non risultavano invece necessarie, ai fini della legittimità del distacco stesso, né una previsione contrattuale che lo autorizzasse, né l'assenso preventivo del lavoratore interessato, che doveva pertanto eseguire la sua prestazione altrove, in osservanza del dovere di obbedienza sancito dall'art. 2104 c.c.⁷

Si è registrato un significativo ed ulteriore intervento legislativo, costituito dalla Legge del 23 ottobre 1960 n. 1369 il cui art. 1, primo comma statuiva il divieto di "impiego di manodopera assunta e retribuita da terzi" ossia il divieto di disgregazione fra il datore di lavoro formale che assume e retribuisce i lavoratori e l'utilizzatore delle prestazioni il quale, invece, esercita alcuni poteri fra cui quello direttivo e di controllo. In ragione di ciò, si è reputato illegittimo, in linea di principio, l'invio di lavoratori presso altri imprenditori nell'interesse e a favore di questi ultimi.

Ma dottrina e giurisprudenza consolidate hanno correttamente asserito che l'art. 2094 c.c. non richiede che il beneficiario delle prestazioni oggetto del contratto corrisponda al titolare del contratto stesso: in virtù di tale

organizzazione ed esigenze di flessibilità, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2006, p. 845.

⁶ Cfr. P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, Tratt. Cicu-Messineo, I, Milano 2000, p. 404.

⁷ Cfr. Cass. 7 novembre 2000, n. 14458, in *Or. Giur. Lav.*, 2000, p. 968 e Trib. Rieti, 11 marzo 1999, in *Lav. Prev. Oggi*, 1999, p. 2109.

considerazione, si deve ritenere che il datore di lavoro sia legittimato a pretendere che il lavoratore adempia al contratto e assolva il suo debito nei confronti di un'altra impresa.⁸

Non genera alcuna incertezza, invece, la situazione in cui il lavoratore rimane sottoposto ai poteri direttivo, di controllo e disciplinare del proprio datore di lavoro, pur svolgendo le prestazioni lavorative presso un terzo imprenditore: tale casistica viene denominata comando o distacco improprio che ricorre quando “la posizione del beneficiario del risultato economico della prestazione assume una rilevanza di mero fatto rispetto al contratto ed al rapporto di lavoro, non influenzandone in alcun modo né la struttura soggettiva, né il regime giuridico»⁹.

Una maggior attenzione, diversamente, deve essere riservata alla prestazione di manodopera che si determina quando viene sospeso consensualmente il rapporto di lavoro principale ed il lavoratore espleta la prestazione alle dipendenze e sotto la direzione di un altro imprenditore, stipulando con questi apposito contratto¹⁰: in tali casi occorre valutare con accuratezza la reale volontà delle parti ed, in particolare, se la fattispecie de qua viene impiegata nel modo corretto, ossia quale soluzione alternativa all'impossibilità di configurare un distacco lecito; più in specifico, bisogna analizzare se la sospensione concordata del rapporto, con contestuale prestito del lavoratore ad una società collegata, viene utilizzato propriamente, oppure viene adottato per il conseguimento di scopi contrari alla legge, nonchè in modo fittizio per dissimulare un mero distacco la cui liceità, comunque, deve essere appurata volta per volta¹¹.

Parte della dottrina ha evidenziato che il destinare un lavoratore a svolgere le proprie prestazioni presso un terzo, il quale dispone di tali attività ed esercita i poteri direttivo e di controllo sul lavoratore stesso, risulta del tutto lecito, in

⁸ Cfr. M. GRANDI, *Le modificazioni del rapporto di lavoro. 1. Le modificazioni soggettive*, Giuffrè, Milano, 1972, p. 213 ss.

⁹ Vedi M. GRANDI, Voce “*Modificazioni aziendali del rapporto di lavoro*”, in *Enciclopedia Giuridica XX*, Roma, 1990, p. 5 ss.; M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, Milano, 2000; A. PIZZOFRERATO, *Prestito del lavoratore, interesse del datore distaccante e consenso del lavoratore*, RIDL, 1993, 11, p. 436; G. SANTORO PASSARELLI, *Il patto di distacco*, nota a Pret. Palermo, 26 ottobre 1988 e a Trib. Palermo, 27 settembre 1989, in *Dir. Lav.*, 1990, 11, 9.

¹⁰ Cfr. Cass., 10 agosto 1999, n. 8567, in *Not. Giur. Lav.*, 1999, p. 569.

¹¹ Vedi Cass., 8 ottobre 1991, n. 10556, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1992, II, p. 936.

quanto permette di realizzare la causa originaria del contratto di lavoro, stipulato fra il distaccante ed il soggetto distaccato; con termini più precisi, si afferma che “la destinazione della prestazione al terzo è per definizione un modo di realizzazione dell’interesse contrattuale del datore di lavoro a disporre organizzativamente del comportamento del lavoratore», mentre «nell’intermediazione illecita la destinazione della prestazione all’imprenditore committente non soddisfa altro interesse dell’intermediario che quello al corrispettivo»¹².

Quest’ultimo orientamento viene sostenuto anche dalla giurisprudenza che, peraltro, si rende attrice primaria nella ricostruzione dei presupposti dell’istituto, pur curandosi più relativamente dei profili sistematico e dogmatico del medesimo¹³.

2. La creazione giurisprudenziale del distacco nel settore privato.

Come anticipato, nel settore privato la giurisprudenza è intervenuta in materia con una pluralità di pronunce per cui ha assunto il ruolo di protagonista principale nella delineazione, in linea di massima, della morfologia del distacco, fissandone la definizione e i presupposti fondamentali, in modo che la situazione fosse sottratta al divieto di interposizione¹⁴.

I detti presupposti sono stati individuati, pur con qualche incertezza relativa ai loro contenuti, nell’interesse dell’impresa distaccante¹⁵ e nella temporaneità, che rappresenta il corollario del primo. Invero la legittimità dell’istituto è correlata alla possibilità di ricondurlo nell’area del potere organizzativo ed, ergo, “nelle vicende interne del contratto”¹⁶.

¹² Sul punto cfr. F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1958, pp. 15 ss.

¹³ Vedi M. ESPOSITO, *Distacco e prestazione di lavoro a favore del terzo*, in *Giorn. Dir. Lav. e Relazioni Ind.* 1996, p. 119, sempre M. ESPOSITO, *La mobilità del lavoratore a favore del terzo*, Jovene, Napoli, 2002, p. 41 ss.; V. BARBANTI, *In tema di «comando» o «distacco» del lavoratore*, in *Giur. It.*, 1995, p. 1467.

¹⁴ Prima dell’entrata in vigore della L. 1369/1960, la Cass. 20 ottobre 1955, n. 3345, in *Riv. Dir. Lav.* 1957, II, p. 102 sosteneva la legittimità del distacco.

¹⁵ Cfr. *Sulla distinzione tra distacco lecito e interposizione: ha rilievo la natura dell’interesse del distaccante?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, II, p. 407 ss.

¹⁶ Cfr. R. DEL PUNTA, *Appalto di manodopera e subordinazione*, in *Giorn. Dir. Lav. E Relazioni Ind.*, 1995, p. 646 ss.

Risulta dunque condizione necessaria affinché continui ad operare, sul piano funzionale, la causa del contratto di lavoro in corso con il distaccante¹⁷, la sussistenza di un interesse afferente all'organizzazione imprenditoriale di quest'ultimo, a prescindere dalla circostanza di fatto che il luogo di espletamento delle prestazioni fosse costituito, per un certo periodo, da un'altra impresa. Alla stregua di tale considerazione, le misure di gestione del rapporto di lavoro, attuate nel solo interesse del lavoratore¹⁸ o del distaccatario¹⁹, si dovevano reputare del tutto illegittime.

Al fine di delineare un quadro esaustivo delle dinamiche legate al distacco, occorre precisare con maggior chiarezza il significato che si attribuiva al presupposto dell'interesse, con particolare attenzione ai suoi profili più rilevanti²⁰. Sul piano dogmatico, appariva controverso se il requisito dell'interesse organizzativo del distaccante dovesse appartenere alla causa del contratto di fornitura²¹, oppure dovesse integrare quella del contratto di lavoro, soluzione quest'ultima che sembra più consona in ragione della ricostruzione successivamente compiuta per rendere legittima alla misura gestionale in argomento²².

Sul versante empirico, invece, i contorni dell'imprescindibile presupposto *de quo* erano connotati da una certa nebulosità che spingeva la giurisprudenza ad individuare alcune fattispecie ricorrenti in modo da tipizzare le condizioni giustificative ossia le esigenze organizzative che lo legittimavano²³.

In primis il lavoratore poteva essere distaccato presso altra impresa affinché, in quel contesto, acquisisse una specifica professionalità volta a consentire, successivamente, un suo più efficace inserimento nel sistema organizzativo del distaccante: da ciò si evince, peraltro, che non era richiesta la soddisfazione

¹⁷ Cfr. Cass., 7 giugno 2000, n. 7743, in *Notiz. Dir. Lav.*, 2000, p. 769.

¹⁸ Vedi Trib. Firenze, 23 maggio 1985, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1986, II, p. 346.

¹⁹ Vedi Cass., 10 giugno 1999, n. 5721, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2000, II, p. 6 e Cass., 2 novembre 1999, n. 12224, in *Notiz. Giur. Lav.*, 2000, p. 39.

²⁰ Cfr. Cass., 16 febbraio 2000, n. 1733, in *Arch. Civ.*, 2000, p. 564 e Cass., 13 giugno 1995, n. 6657, in *Rep. Foro It.*, 1995, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1175. Vedi anche Cass., 2 novembre 1999, n. 12224, in *Dir. Prat. Lav.*, 2000, p. 95.

²¹ M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, in *Comm. Schlesinger*, Giuffrè, Milano, 2000 p. 183 ss.

²² Sul punto vedi F. SCARPELLI, *Art. 30. Distacco*, in GRAGNOLI E., PERULLI A., *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003*, n. 276, Cedam, Padova, 2004, p. 442. Cfr. anche S. MAGRINI, *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro*, Franco Angeli, Milano, 1980, p. 59 ss.

²³ R. DEL PUNTA, *Appalto di manodopera e subordinazione*, in *Giorn. Dir. Lav. E Relazioni Ind.*, 1995, p. 646 ss.

immediata dell'interesse del datore di lavoro, il quale avrebbe beneficiato della qualifica del dipendente, solo al momento del rientro di quest'ultimo nel proprio circuito produttivo²⁴.

In seconda istanza si ammetteva che l'istituto fosse impiegato per scopi organizzativi ed, in specifico, per le relazioni di gruppo, ad incominciare dalla finalità di controllo della società capo gruppo nei confronti della controllata²⁵. ma ciò non significava che l'interesse del datore fosse da rinvenire nel fatto che la sua società appartenesse al gruppo, in quanto il collegamento economico finanziario fra le imprese non determina unicità di personalità giuridica delle medesime, bensì lascia ad ognuna di esse la propria personalità e, dunque, la gestione dei rapporti di lavoro del personale che ad essa faceva capo²⁶. Da ciò conseguiva che il distacco doveva essere utilizzato per soddisfare, in maniera diretta od indiretta²⁷, l'interesse della società distaccante, con la precisazione che il collegamento societario rappresentava una labile indicazione, ma non certo la prova dell'esistenza di un interesse della medesima all'espletamento della prestazione da parte del proprio lavoratore presso il distaccatario²⁸.

Dunque anche nell'ambito del gruppo il datore, come in qualsivoglia relazione fra imprese, doveva venire in evidenza un interesse specifico alla prestazione, che fosse di carattere produttivo od economico²⁹.

In ultima analisi, all'interesse si riconosceva un significato solidaristico, del tutto differente rispetto a quello di natura economica od organizzativa sin ora esaminato: tale estensione consentiva pure alle imprese no profit di avvalersi dell'istituto del distacco, per il conseguimento dei propri fini non lucrativi³⁰.

Per una rappresentazione di quadro più completa, merita qualche

²⁴ A. PIZZOFERRATO, *Prestito di lavoro, interesse del datore «distaccante» e «consenso» del lavoratore*, in *Riv. It. Dir. Lav.* II, 1993, p. 444.

²⁵ Cfr. F. SCARPELLI, *L'Art. 30, Distacco*, cit., p.444. Vedi anche fra tante Cass., 12 agosto 1992, n. 9517, in *Notiz. Giur. Lav.*, 1993, p. 42 e Cass., 16 febbraio 2000, n. 1733, in *Rep. Foro It.*, 2000, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1614.

²⁶ Cfr. fra le altre Cass., 9 novembre 1992, n. 12053.

²⁷ In senso critico P. ALLEVA, *La nuova disciplina dei distacchi*, cit., p. 178.

²⁸ Cfr. *Circolare del ministero del lavoro e delle politiche sociali*, del 15 gennaio 2004, n.3. Vedi anche O. BONARDI, *L'utilizzazione indiretta dei lavoratori*, Franco Angeli, Milano, 2001, p. 119.

²⁹ Vedi G. DE SIMONE, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza. Interposizione, imprese di gruppo, lavoro interinale*, Franco Angeli, Milano, 1995, p. 304 ss., anche per riferimenti giurisprudenziali. Vedi ulteriormente P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 498.

³⁰ Cfr. Cass., 17 gennaio 2001, n. 594, in *Riv. It. Dir. Lav.*, I, 2001, p. 407, con nota di M.T. Carinci, *Sulla distinzione tra distacco lecito e interposizione: ha rilievo la natura dell'interesse del distaccante?*.

considerazione anche il presupposti della temporaneità, a cui si è accennato brevemente nell'incipit. : esso veniva comunemente richiesto quale condizione necessaria per la legittimità del distacco, Seppur valutato con notevole elasticità³¹, la temporaneità poteva perdurare finchè permaneva l'interesse del distaccante³², e quindi non era intesa come durata breve o predeterminata del contratto, e poteva essere stabilita contestualmente alla stipulazione del distacco³³; tanto che si è ritenuto che la sussistenza del presupposto in questione fosse semplicemente determinata dall'effettività del distacco³⁴.

Tali argomenti hanno suscitato, a giusta ragione, svariate perplessità intorno alla durata massima del distacco stesso. A tal riguardo la giurisprudenza, in alcune pronunce, asseriva che l'illiceità della fattispecie si configurava solo quando la destinazione del lavoratore distaccato non risultasse più provvisoria ma acquisisse i caratteri della definitività, permettendo così al datore di collocare il proprio dipendente presso un terzo anche per periodi estremamente lunghi³⁵.

Ulteriori dubbi afferivano all'obbligo o meno per il datore di instaurare un accordo con il lavoratore per porre in essere il distacco. Parte minoritaria della dottrina e della giurisprudenza si attestavano sull'idea che occorresse un patto fra i soggetti testè citati in virtù di due motivazioni fra loro alternative³⁶: innanzitutto il distacco non risultava riconducibile all'art. 2103 c.c.³⁷ e, se questa considerazione non fosse sufficiente, , esso comunque causava effetti tali da trascendere il contenuto obbligatorio naturale del rapporto di lavoro, provocandone un ampliamento o, comunque, un'alterazione, tali da richiedere che il fatto costitutivo fosse previsto in un'apposita convenzione

³¹In tal senso, fra le tante, Cfr. Cass., 7 novembre 2000, n. 14458, in *Or. Giur. Lav.*, 2000, p. 968.

³² Per un quadro completo delle tre ipotesi elencate vedi Cass., 15 giugno 1992, n. 7328, in *Rep. Foro It.*, 1994, voce *Lavoro(rapporto)*, n. 1129.

³³ Cfr. Cass., 13 aprile 1987, n. 3684, in *Rep. Foro it.*, 1987, Voce *Lavoro (rapporto)*, n. 2148; Cass. Sez. Un., 13 aprile 1989, n. 1751, in *Lav. Prev. Oggi*, 1990, p. 1742; Cass., 16 giugno 1992, n. 7328, in *Dir. Lav.*, 1993, II, p. 443; Cass., 13 giugno 1995, n. 6657, in *Rep. Foro It.*, 1995, voce *Lavoro(rapporto)*, n. 1176

³⁴ Vedi G. DE SIMONE, *Titolarità dei rapporti di lavoro*, cit., p. 296 e M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., p. 182 ss.

³⁵ Cfr. F. SCARPELLI, *L'Art. 30, Distacco*, cit., p. 443. Vedi anche Cass., 21 maggio 1998, n. 5102, in *Or. Giur. Lav.*, 1998, n. 584; Cass., 6 giugno 1990, n. 5416, in *Rep. Foro It.*, 1990, Voce *Lavoro(rapporto)*, n. 1549; Cass., 17 maggio 1998, n. 2880, in *Foro It.*, 1998, I, p. 3582.

³⁶ Cfr. fra le altre Cass., 15 febbraio 1979, n. 982, in *Foro It.*, 1979, I, p. 616.

³⁷ Vedi L. ANGIELLO, *Il trasferimento dei lavoratori*, Cedam, Padova, 1986, p. 73.

modificativa³⁸.

Invece la corrente di pensiero prevalente propendeva, a patto che non si trattasse di inviare il lavoratore all'estero³⁹ o di assegnarlo a mansioni notevolmente qualificate⁴⁰, per riconoscere la natura unilaterale del distacco, reputandolo espressione del potere organizzativo che veniva conferito al datore, proprio dalla causa del contratto di lavoro.

Inoltre rimarcava che l'impossibilità di sottoporre il distacco alla disciplina dell'art. 2103, poiché quest'ultimo regola i trasferimenti di carattere definitivo e non quelli di natura temporanea, escludeva la necessità del consenso del lavoratore, che operava secondo il dovere di obbedienza ex art. 2104 c.c. e non obbligava, come avviene nel trasferimento prescritto dalla norma appena menzionata, il datore a dimostrare la presenza di ragioni tecniche, organizzative e produttive, se pur sullo stesso ricadevano le conseguenze delle vicende lavorative del prestatore presso il distaccatario⁴¹.

Altre divergenze di pensiero si evidenziavano in relazione alla fonte che consentiva al distaccatario di avvalersi del potere direttivo: a tal riguardo, si susseguivano varie ipotesi, finché la giurisprudenza dominante si attestava sull'idea che tanto il potere direttivo quanto quello di controllo non venivano ceduti, in senso assoluto, al datore beneficiario delle prestazioni; il distaccante, infatti, manteneva un potere di interferenza, di intervento e di revoca anticipata del distacco ed, ergo, non poteva esentarsi dall'attribuire, nei casi stabiliti dalla legge, le mansioni superiori al soggetto distaccato, in quanto l'adozione di queste ultime era strettamente legata al provvedimento di distacco che egli, in piena libertà, disponeva⁴².

Peraltro, il legislatore è intervenuto a più riprese, ampliando le possibilità di utilizzo del distacco, mediante l'introduzione di talune fattispecie speciali, per le quali non occorre presupposti che integrano in via generale l'istituto.

³⁸ Vedi F. CALÀ, *Il trasferimento del lavoratore*, Cedam, Padova, 1999, p. 103.

³⁹ Cfr. A. NOBILI, *La mobilità estera, (trasferimento, trasferta, distacco ecc., nella giurisprudenza italiana*, in *Quad. Dir. Lav. E Relaz. Ind.*, 1998, 20, p. 197 ss.

⁴⁰ Cfr. Cass., 26 maggio 1993, n. 5907, in *Rep. Foro It.*, 1993, Voce *Lavoro(rapporto)*, p. 42.

⁴¹ Cfr. Pret. Palermo, 13 settembre 1988, in *Temi Sic.*, 1989, p. 297; Cass., 8 agosto 1987, n. 6814, in *Rep. Foro It.*, 1987, Voce *lavoro-rapporto*, n. 994; Cass., 2 febbraio 1986, n. 691, in *Rep. Foro It.*, 1986, Voce *lavoro-rapporto*, 1974.

⁴² Sul punto M. GRANDI, *Le modificazioni del rapporto di lavoro*, cit., p. 214 ss. e M. GENGHINI, *Il distacco del lavoratore*, in *Mass. Lav. Giur.*, 1992, p. 420 ss.

Uno dei casi più significativi concerne le crisi aziendali e la contestuale eccedenza di personale che può verificarsi. Per risolvere, o ridimensionare, tali criticità, l'art. 8, 3° comma, l. 19 luglio 2003 n. 236, prevede la possibilità, per accordo sindacale, di distaccare lavoratori presso un'altra impresa, in modo da evitare i licenziamenti o diminuirne il numero. Tale ipotesi evidenzia certamente che quella operazione, di durata temporanea, non presuppone l'interesse del distaccante, bensì quello del lavoratore che, grazie ad essa, riesce a mantenere il proprio posto di lavoro⁴³. Ulteriori deroghe alla regola della necessaria sussistenza dei presupposti giustificativi venivano introdotte in diversi ambiti fra i quali si segnalano, esemplificativamente, quello formativo con l'art. 16, decimo comma, della Legge 19 luglio 1994, n. 451⁴⁴ e quello del collocamento mirato tramite l'art. 12 della legge 12 marzo 1999 n. 68⁴⁵.

3. Cenni su altre tappe e motivi del percorso di regolazione dell'istituto in ambito nazionale e comunitario.

Al fine di introdurre, con una breve ricostruzione storico-giuridica, alle discipline che, direttamente o di riflesso, sono intervenute negli ultimi decenni, a livello europeo e nazionale, per la regolazione del distacco, è interessante anzitutto muovere dalla Convenzione di Roma del 19 giugno del 1980⁴⁶. Tale fonte pattizia - volta, in linea di principio, a dettare la legge applicabile alle obbligazioni contrattuali - costituisce uno dei primi frutti della collaborazione fra gli Stati membri dell'Unione Europea, dato che vige nella quasi totalità di essi⁴⁷.

⁴³ Vedi F. LISO, cit., 1997, p. 33.

⁴⁴ L'art. 16 comma 10 della Legge del 19 luglio 1994, n. 451, nel modificare la normativa del contratto di formazione e lavoro, ha previsto la possibilità che il lavoratore svolga la propria attività, in posizione di comando, a favore di una pluralità di imprese.

⁴⁵ L'art. 12 della Legge 12 marzo 1999, n. 68, sul collocamento mirato dei disabili, stabilisce che il disabile, all'inizio del rapporto ed in via temporanea, può essere distaccato presso soggetti diversi, quali cooperative sociali o disabili liberi professionisti, dal datore di lavoro che lo ha assunto.

⁴⁶ Si può consultare il testo definitivo in GUCE, n. C. 334, del 30 dicembre 2005, p. 1.

⁴⁷ La Convenzione è in vigore dal 1 aprile 1991 nei rapporti fra Italia, Danimarca, Belgio, Germania, Lussemburgo, Francia e Regno Unito. Dal 1 settembre 1991 e dal 1 gennaio 1992 nei rapporti con i Paesi Bassi e con l'Irlanda. La Grecia vi ha aderito con una convenzione del 10 aprile 1984, in vigore dal 1 aprile 1991; Spagna e Portogallo con una Convenzione del 18 maggio 1992, in vigore dal 1 settembre 1993; Finlandia, Austria e Svezia con una convenzione del 29 novembre 1996, in vigore dal 1 dicembre 1998. Dopo l'adesione all'Unione Europea dell'Estonia, della Lituania, della Lettonia, di

Nel concludere il processo, da tempo intrapreso in tali paesi, di sistematizzazione delle normative nell'ambito del riconoscimento delle sentenze straniere ed in quello della competenza giurisdizionale⁴⁸, con tale Convenzione sono stati disegnati i confini entro i quali debbono essere individuate, negli stati membri, le norme di diritto internazionale privato applicabili in materia di contratti.

Nonostante non rientri nell'ordinamento dell'Unione europea⁴⁹, la Convenzione di Roma tende a sviluppare i processi di integrazione stabiliti dal Trattato, fungendo da strumento essenziale per garantire certezza ai rapporti contrattuali tramite cui vengono messe in atto le libertà fondamentali statuite dallo stesso.

Ai fini di individuare la ricaduta di questa fonte regolativa sul tema specifico del distacco del lavoratore, occorre analizzare brevemente le disposizioni che la Convenzione riserva alle prestazioni di servizi intracomunitarie. Gli artt. 3 e 4 regolano i rapporti in cui non interviene quella condizione di asimmetria fra le parti che giustifica, anche sul versante del conflitto di leggi, la presenza, in materia di consumo e di lavoro, di norme speciali.

In relazione alle prestazioni di servizi fondate su un'attività lavorativa, le regole generali vengono impiegate per designare la legge da applicare ai rapporti fra l'impresa fornitrice del servizio e quella a cui il medesimo è destinato mentre per quelli facenti capo al lavoratore viene utilizzato l'art. 6 della Convenzione.

Tale norma disciplina i conflitti normativi inerenti ai contratti individuali di lavoro: quest'ultima locuzione, che deve essere interpretata in chiave autonoma, comprende, in linea generale, tutti quei rapporti in cui una parte si obbliga a svolgere prestazioni a carattere continuativo nell'interesse di un'altra, rispettandone le direttive e ricevendone un compenso in denaro,

Cipro, della Repubblica Ceca, dell'Ungheria, di Malta, della Polonia, della Slovenia e della Repubblica Slovacca, è stata firmata, in data 14 aprile 2005, una convenzione sull'adesione dei predetti nuovi stati membri alla Convenzione di Roma, in vigore per l'Italia dal 1 maggio 2007. Con riguardo a Romania e Bulgaria, l'art. 3 Par. 3 del relativo atto di adesione all'Unione prefigura l'adesione alla stessa Convenzione del 1980, stabilendo che l'entrata in vigore di tale strumento avverrà alla data stabilita dal Consiglio.

⁴⁸ Vedi il preambolo della Convenzione che richiama la Convenzione di Bruxelles.

⁴⁹ Cfr. U. VILLANI, *La convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, Cacucci, Bari, 2000, p. 8 ss.

tendenzialmente calcolato su base periodica⁵⁰.

L'art. 6 della Convenzione dispone che l'eventuale scelta delle parti relativa alla legge mediante cui regolare il contratto intercorrente fra le stesse «non vale a privare il lavoratore della protezione assicurategli dalle norme imperative della legge che regolerebbe il contratto in mancanza di scelta»⁵¹. Si chiarisce che le norme testè menzionate sono quelle inderogabili dall'autonomia privata.

A parte la segnalazione del ruolo della Convenzione ora menzionata, il passaggio decisivo in materia è dato ovviamente dato dalla emanazione della Direttiva 16 dicembre 1996, n. 71 sul «distacco del lavoratore nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi»⁵².

La Direttiva poggia su uno dei capisaldi del Trattato dell'Unione Europea, ossia sul principio fondamentale, sancito dall'art. 49 dello stesso, della libera prestazione di servizi nonché sui suoi corollari. Su questi punti cardine, risultando particolarmente rilevanti ed incisivi per le disposizioni comunitarie e nazionali volte a regolare l'istituto, ci soffermeremo nel II Capitolo, mentre la Direttiva sarà oggetto di ampia disamina nel III Capitolo⁵³.

L'argomento è del resto cruciale come dimostra il fatto che gli ambiziosi programmi generali del 1962 tesi ad eliminare le restrizioni alla libertà di stabilimento e alla libera circolazione dei servizi⁵⁴, al pari di quelli contenuti nel Libro bianco del 1985 sul completamento del mercato interno, hanno incontrato ostacoli e resistenze molto maggiori di quelle che hanno segnato il parallelo processo di liberalizzazione del mercato delle merci; tanto che secondo stime recenti i servizi costituiscono soltanto il 21,6% delle transazioni commerciali interne alla Ue⁵⁵.

Siffatto ritardo tanto più preoccupa le istituzioni comunitarie, quanto più si

⁵⁰ Una soluzione differente è stata adottata dal legislatore comunitario nel definire la nozione di lavoratore ai fini della Direttiva 96/71/Ce sul distacco: l'art. 1 Paragrafo 2, di tale provvedimento comunitario stabilisce che tale concetto debba essere tratto dal diritto dello stato membro nel cui territorio è distaccato il lavoratore.

⁵¹ P. FRANZINA, *Questioni relative al distacco del lavoratore nel diritto internazionale privato della Comunità Europea*, in, p. 465.

⁵² Vedi G. ORLANDINI, *La disciplina comunitaria del distacco dei lavoratori fra libera prestazione di servizi e tutela della concorrenza: incoerenze e contraddizioni nella Direttiva 71 del 1996*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1999, p. 465.

⁵³ Vedi Capitolo 2.

⁵⁴ Cfr. *Programma generale per l'eliminazione delle restrizioni alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione di servizi*, in Gazz. Uff., 15 gennaio 1962, n. 2.

⁵⁵ Cfr. Commissione Ce, *Lo stato del mercato interno dei servizi*, COM (2002) 441 def. Bruxelles 30.07.2002, p. 53, con la precisazione che i dati sono riferiti al 1999 ed evidenziano una percentuale inferiore rispetto a quella del 22,8 % relativa al 1992.

palesa l'importanza strategica e la crescente rilevanza che i servizi vanno assumendo nell'economia attuale: essi rappresentano quasi il 70% dell'occupazione e del PNL dei Paesi dell'Unione, offrendo «un considerevole potenziale di crescita e di creazione di posti di lavoro»⁵⁶.

Occorre peraltro sottolineare che già nella casistica giurisprudenziale della Corte di Giustizia, in particolare nella sentenza *Rush Portuguesa*, emergeva la difficoltà di determinare un bilanciamento fra l'affermazione delle logiche comunitarie di liberalizzazione dei mercati e le posizioni protezionistiche di alcuni degli stati membri⁵⁷.

A tal proposito, lo spirito della pronuncia in argomento, la cui emissione risulta antecedente all'adozione della Direttiva, incentivava i paesi dell'Ue, più attivi nella movimentazione transnazionale di prestatori di servizi, ad irrobustire i propri confini giuridici, mediante l'adozione di norme adeguate alla risoluzione delle criticità derivanti dagli spostamenti di lavoratori in ambito comunitario.

Lo stato ospitante la *Rush Portuguesa*, ossia la Francia, intraprendeva per primo questo cammino⁵⁸ che, successivamente, veniva percorso dall'Austria e, nella fase conclusiva del processo di approvazione della Direttiva, dalla Germania: questi paesi, infatti, congegnavano e promulgavano normative volte a definire le condizioni del distacco, nel quadro di una prestazione di servizi.

Tale iniziativa, tuttavia, veniva assunta da un numero esiguo di paesi, tanto che ben dodici stati membri, ovvero il Belgio, la Danimarca, la Finlandia, la Grecia, l'Italia, il Lussemburgo, i Paesi Bassi, il Portogallo, la Spagna e la Svezia, il Regno Unito e l'Irlanda, non disponevano ancora di una disciplina interna sul distacco transnazionale nel periodo in cui stava per essere approvata la Direttiva 96/71.

Si rammenta che già nel 1991, ossia a ridosso della pronuncia *Rush Portuguesa*, la Commissione europea aveva formulato una proposta di Direttiva sul distacco dei lavoratori⁵⁹ che, susseguentemente ai pareri esternati dal Comitato sociale ed economico nonché dal Parlamento Europeo, qualche

⁵⁶ Cfr. Commissione Ce, *Lo stato del mercato*, cit., p. 11.

⁵⁷ Cfr. C. BARNARD, *Ec Employment law*, Oxford University press, Oxford, 2006, p. 277.

⁵⁸ S. ROBIN, *L'application du droit social français aux entreprises prestataires de services établies a l'étranger*, in *Droit Social*, n. 2, p. 127.

⁵⁹ Cfr. Proposta del 28 giugno 1991, in *Guce*, n. C 225 del 30 agosto 1991, p. 6.

anno più tardi ovvero nel 1993 veniva riproposta, se pur con significative modificazioni⁶⁰. Il 3 giugno 1996 il Consiglio, a differenza del passato, giungeva ad una unitarietà di vedute, esprimendo piena condivisione per una posizione che veniva approvata il successivo 18 settembre dal Parlamento Europeo. L'iter si concludeva il 16 dicembre 1996, quando veniva adottata la versione definitiva della Direttiva⁶¹.

Alla luce dei repertori di dottrina e giurisprudenza, non risulta che gli studiosi della disciplina giuslavoristica abbiano riservato grande attenzione alla ostica Direttiva *de qua*⁶². E questo disinteresse è difficilmente spiegabile ove si consideri, in contrappunto, l'ampio ed intenso dibattito sviluppatosi negli anni più recenti in sede politica, sindacale e scientifica sul progetto di direttiva sulla liberalizzazione della prestazione di servizi nell'ambito della Comunità europea (c. d. progetto di direttiva Bolkestein). Dibattito che ha fatto emergere in particolare questioni derivanti dalla formulazione originaria di tale progetto, con rischi di *dumping* sociale conseguenti alla spinta al ribasso che i più evoluti sistemi nazionali di protezione sociale avrebbero subito per effetto della concorrenza esercitata nel mercato comune da imprese aventi sede in Stati membri con livelli assai inferiori di tutela sociale⁶³.

Qualche autore, già prima dell'approvazione della Direttiva, affermava con lungimiranza e, dunque, a giusta ragione, che *“la Directive est plus, dans son esprit et dans son fondement, une directive économique qu'une directive sociale, même si l'un des ses objectifs est de protéger les travailleurs détachés, en les faisant bénéficier, à l'occasion de leur mobilité pour le compte de leur employeur, des dispositions essentielles du droit de travail du pays d'exécution de la prestation de services, lorsqu'elles lui sont favorables”*⁶⁴.

Gli Stati membri, compresa l'Italia, avrebbero dovuto dare attuazione

⁶⁰ Proposta del 16 giugno 1993, in Guce, n. C 187 del 9 luglio 1993, p.5.

⁶¹ Cfr. G. BALANDI, *La direttiva comunitaria sul distacco dei lavoratori: un passo avanti verso il diritto comunitario del lavoro*, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, Volume I, Diritto del lavoro, 1998, p. 35 ss.; U. CARABELLI, *Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: La tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione di servizi nella Ce*, in WP C.S.D.L.E. 2006, “Massimo D'Antona” Int. 49/2006.

⁶² Cfr. M. PALLINI, *Posted workers: italian regulation and dilemmas, in mobility of services and posting of workers in the enlarged europe*, numero speciale di transfer, 2/2006, p. 274.

⁶³ Con riferimento al tema del mercato dei servizi esterno Vedi LYON CAEN A. (2005), *Le travail dans le cadre de la prestation internationale de services*, in *Droit Social*, n. 5, p. 503 ss.

⁶⁴ Vedi M. A. MOREAU, *Le détachement des travailleurs effectuant une prestation de services dans l'Union Européenne*, in *Journal du droit international*, 1996, p. 890; G. ORLANDINI, *La disciplina comunitaria*, cit., p. 467 e 468.

alla Direttiva ex art. 7 entro il 16 dicembre 1999. A seguire, era prevista una verifica da parte della Commissione entro il 16 dicembre 2001, relativamente alle modalità di applicazione al fine di proporre, eventualmente, le necessarie modifiche ex art. 8 al Consiglio.

Tale verifica è puntualmente avvenuta attraverso una prima fase istruttoria nella quale sono state elaborate delle relazioni sul recepimento della Direttiva per ciascuno degli allora quindici Stati membri, oltre alla predisposizione di questionari per le amministrazioni nazionali, con domande relative alle modalità pratiche di applicazione e alle eventuali difficoltà incontrate.

I risultati delle relazioni sul recepimento e le risposte ai questionari sono stati poi oggetto di discussione da parte di un gruppo di esperti governativi. Questo iter si è concluso nel luglio del 2003, quando la Commissione ha presentato la comunicazione relativa ai primi riscontri sull'applicazione della Direttiva 96/71⁶⁵, ove ha manifestato un giudizio moderatamente positivo sul suo recepimento⁶⁶.

Il legislatore italiano, contravvenendo alla su citata regola sui limiti temporali di applicazione del provvedimento dell'Ue da parte degli stati membri, ha provveduto a dare applicazione alla Direttiva solo il 23 febbraio del 2000, con il D. Lgs. 72.

Tale Decreto, come si vedrà meglio in seguito, ha tradotto, mediante il suo art. 1, le tre ipotesi di distacco per la prestazione transnazionale di servizi, contemplate dall'art. 1.3, Lett. A, B e C della Direttiva, nell'ordinamento italiano e ne ha disciplinato i meccanismi di attuazione.

Occorre preannunciare sin d'ora che il Decreto attuativo sancisce una deroga ai principi generali sull'istituto in ambito comunitario quando prevede che per distaccare un lavoratore presso un'impresa dello stesso gruppo non occorra da parte del distaccante la dimostrazione della presenza di un suo effettivo interesse nell'effettuazione del collocamento del dipendente presso il terzo⁶⁷.

⁶⁵ Cfr. Commissione Ce, *L'applicazione della direttiva 96/71/Ce*, COM (2003) 458 def. Bruxelles, 25 luglio del 2003.

⁶⁶ Cfr. ancora Commissione Ce, *L'applicazione della Direttiva*, cit., p. 11.

⁶⁷ Cfr. A. ARMENTANO, *Il distacco nelle crisi*, cit., p. 455.

Conseguentemente, altre figure previste dal provvedimento suddetto quali un mero trasferimento fra unità produttive della medesima azienda, un distacco improprio od una trasferta per l'esecuzione di un appalto, vengono impropriamente ricondotte alla nozione di distacco, tenuto conto che, in tali circostanze, i poteri direttivi e di controllo possono ancora essere esercitati nei confronti dei lavoratori, da parte del datore distaccante⁶⁸.

In ambito nazionale ed in particolare nel settore privato, come si è già evidenziato, è stata la giurisprudenza a delineare, nel corso dei decenni, la morfologia del distacco e la sua disciplina⁶⁹.

Tuttavia non sono mancati alcuni tentativi, da parte del legislatore, di regolazione sistematica dell'istituto. Uno di questi è stato il progetto di legge 11 febbraio 1988, n. 2324 e l'art. 13, ultimo comma, del Dl. 5 gennaio 1993, n. 1, poi decaduto, che sostanzialmente recepiva l'elaborazione giurisprudenziale formatasi sulla figura del distacco.

Al di fuori di questi tentativi di disciplina sistematica, l'ordinamento è intervenuto nel tempo sull'istituto per lo più in maniera frammentaria e sporadica. Una prova emblematica di ciò è rappresentata dal Dl. 48/93, convertito, con modificazioni, dalla Legge 236/1993 in materia di mobilità, tutt'ora vigente. Secondo tale norma, "gli accordi sindacali, al fine di evitare le riduzioni di personale, possono regolare il comando o il distacco di uno o più lavoratori dall'impresa ad altra per una durata temporanea".

Occorre altresì ricordare, se pur abrogato, l'art. 16 del Dl. 299 del 1994, convertito con la Legge 451 del 1994, che affermava, in materia di contratti di formazione e lavoro, che i progetti formativi potevano prevedere l'esecuzione dell'attività formativa anche attraverso il comando presso una pluralità di imprese⁷⁰.

Solo nel 2003 si è deciso di mettere in atto una riforma del mercato del lavoro e dell'occupazione e di garantire una disciplina sistematica anche all'istituto del distacco. Infatti il legislatore interno ha emanato la Legge 30, contenente delega al governo in materia di occupazione e mercato del lavoro,

⁶⁸ Vedi C. ZOLI, *Articolo 30, Distacco*, cit., p. 338; P. DUI, *Lavoro a termine, comando o distacco e interposizione di manodopera*, cit.

⁶⁹ Cfr. F. CAPURRO, *Il distacco*, cit. p. 260.

⁷⁰ Cfr. ancora F. CAPURRO, *Il distacco*, cit., p. 262.

che prevedeva l'abrogazione della Legge 1369 del 1960 nonché la sua sostituzione con una nuova disciplina, basata su alcuni criteri direttivi: questi ultimi consistono nella chiarificazione dei requisiti di distinzione fra appalto e somministrazione e nella “contestuale ridefinizione dei casi di comando e distacco nonché dell'interposizione illecita, laddove manchi una ragione tecnica, produttiva od organizzativa ovvero si verifichi o possa verificarsi la lesione di diritti inderogabili di legge o di contratto collettivo applicato al prestatore di lavoro”.

La normativa di attuazione di tale Legge delega è contenuta nel D. Lgs. 276 del 2003 il cui art. 30, su cui si tornerà nel corso della trattazione per più accurati approfondimenti, precisa che “l'ipotesi del distacco si configura quando un datore di lavoro, per soddisfare un proprio interesse, pone temporaneamente uno o più lavoratori a disposizione di altro soggetto per l'esecuzione di una determinata attività lavorativa⁷¹. In ragione del fatto che tale norma profila, come si preciserà nel III Capitolo, una fattispecie di distacco quasi del tutto difforme rispetto a quelle delineate dal Decreto attuativo della Direttiva 96/71, occorrerà operare un attento confronto tra le due discipline.

⁷¹ Cfr. M.P. MONACO, *Art. 30. Il distacco del lavoratore*, in M.T. CARINCI, C. CESTER (a cura di), *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al D. lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Ipsoa, Milano, 2004, II, p. 204 ss.

CAPITOLO II

L'INQUADRAMENTO DEL DISTACCO NELLA LIBERA PRESTAZIONE DI SERVIZI: COROLLARI DI DIRITTO COMUNITARIO

Sommario: 1. Le libertà fondamentali del TCE: in particolare, la libera prestazione di servizi. - 2. Nozione di «servizio»: sovrapponibilità alla circolazione di beni e tratti essenziali (carattere autonomo, transnazionalità, temporaneità, soggetti fruitori). - 3. *Market access* e modelli di integrazione comunitaria. - 4. *Segue*. Il principio del trattamento nazionale. - 5. *Segue*. La dottrina degli ostacoli: il principio di mutuo riconoscimento (o di equivalenza funzionale). - 6. *Segue*. Il principio del paese d'origine. - 7. Sovrapposizioni fra libera circolazione dei lavoratori e prestazione di servizi: alcune decisioni recenti della Corte di Giustizia (i casi *Viking*, *Laval*, *Rüffert*, *Granducato del Lussemburgo*).

1. Le libertà fondamentali del TCE: in particolare, la libera prestazione di servizi.

Le libertà di circolazione, di merci, servizi, capitali e persone, appaiono tra le disposizioni fondamentali del TCE, poiché costituiscono i principi cardine su cui si fonda la costruzione del mercato comune, che rappresenta l'obiettivo originario del processo di integrazione europea⁷². Il Tce sancisce, relativamente a dette libertà, diversi regimi giuridici in rapporto di mutua esclusione tra loro, con l'effetto che l'attuazione delle norme riferite ad una libertà non consente, tranne previsione di espresso rinvio, un'applicazione concorrente delle disposizioni relative alle altre⁷³. Più in specifico, i dettami inerenti alla libera prestazione di servizi risultano residuali⁷⁴ rispetto alle regole previste per le altre libertà, in quanto trovano applicazione quando non si applicano le disposizioni afferenti alla libera circolazione di persone, merci o

⁷² Cfr. S. BORELLI, *Un possibile equilibrio tra concorrenza leale e tutela dei lavoratori. Divieti di discriminazione*, in *LD*, 2008, p. 125; C. BARNARD, *The substantive law of the Eu. The Four freedoms*, in *Oxford University Press*, 2006, p. 344.

⁷³ Si riscontrano anche casi in cui La Corte di Giustizia si è avvalsa dei regimi in senso cumulativo e non esclusivo come, ad esempio, in *Cgce*, 26 aprile 1994, C-272/91, Commissione c. Italia, in cui dichiara contraria sia all'art. 49 Tce, sia all'Art. 43 Tce la concessione dell'informatizzazione delle lotterie soltanto a gestori pubblici.

⁷⁴ Cfr. E. GREPPI, *Stabilimento e servizi nel diritto comunitario*, in *DI IV*, Sez. Pubbl., Vol. XIV, 1999, p. 490.

capitali (art. 50 TCE)⁷⁵.

Pertanto, al fine di decidere quale disciplina impiegare, è necessaria la verifica preliminare se il caso di specie sia riconducibile anzitutto a persone, merci o capitali e alla relativa libertà di circolazione. Solamente una volta escluse l'ipotesi, si potrà procedere ad utilizzare il regime giuridico previsto per la prestazione di servizi ex art. 49 TCE.

La subalternità della libera prestazione di servizi alle altre libertà appare, di primo acchito, piuttosto anomala poiché i servizi ricoprono, ad oggi, un ruolo strategico nel contesto comunitario, costituendo uno dei settori economici di maggior rilievo. La circostanza si potrebbe spiegare in ragione del fatto che i soggetti economici di cui tratta la disciplina inerente alle prestazioni di servizi, sono enucleabili, di massima, nell'area della libera circolazione delle persone, ancorchè ad essi sia riservata una disciplina autonoma nel Capo III del Trattato (artt. 49-55).

Alla circolazione delle persone il Titolo terzo dedica due capi dei quali, il primo (artt. 39-42) si riferisce ai lavoratori subordinati, ossia a coloro che hanno il diritto di circolare in un altro stato membro per soddisfare reali richieste di lavoro; ed il secondo (artt. 43-48) si rivolge ai lavoratori autonomi, ovvero a coloro che espletano attività non stipendiate, accedendovi mediante il diritto di stabilimento in un altro paese dell'UE *ex* art. 43, 2° comma, TCE⁷⁶.

Invero, il prestatore di servizi è rappresentato da colui che svolge un'attività economica, in uno stato straniero, senza vincolo di subordinazione⁷⁷, al pari di quanto accade per il lavoratore non salariato a cui si assicura, come appena accennato, il godimento del diritto di stabilimento.

In virtù di tale comunanza, appare chiara l'asserzione dei giudici comunitari secondo cui "un cittadino comunitario che si sposta in un altro Stato membro per svolgere un'attività economica può rientrare nel capo del Trattato relativo alla libera circolazione dei lavoratori subordinati, o in quello relativo al diritto

⁷⁵ Cfr. Cgce, 30 novembre 1995, C-55/94, Gebhard c. Consiglio dell'ordine degli avvocati di Milano, punto 22.

⁷⁶ Si precisa che la riconduzione dei servizi alla categoria comunitaria delle persone non è da intendersi in senso assoluto.

⁷⁷ L. NOGLER, *Introduzione al mercato unico delle "attività autonome"*, in L. Nogler (a cura di), *Le attività autonome*, Torino, 2006, p. 17

di stabilimento, o in quello relativo ai servizi»⁷⁸.

Dunque, prescindendo dalla subordinazione, la mobilità intracomunitaria del lavoro può essere realizzata sia mediante le modalità previste dal diritto di stabilimento che tramite quelle statuite dalla libera prestazione di servizi poiché ambedue delineano i criteri di funzionamento della mobilità del lavoro autonomo nel contesto dei paesi dell'Unione Europea.

La compresenza di due regimi che risultano potenzialmente idonei a regolare una prestazione di lavoro autonomo si giustifica in virtù della distinzione fra stabilimento e servizi basata sul differente livello di intensità del legame che intercorre fra tali prestazioni ed il territorio del paese ospitante⁷⁹.

Va sottolineato che, mentre le norme afferenti alla libera circolazione delle persone si focalizzano sui soggetti che ne beneficiano, quelle inerenti alla libera prestazione di servizi non si rivolgono a coloro che li forniscono o li ricevono ma sono incentrate sul contenuto dell'attività economica di cui tendono a garantire la circolazione⁸⁰.

Infatti la prestazione d'opera, rientrante per sua natura fra le prestazioni di servizi, viene considerata dal diritto dell'Unione Europea non tanto sul piano soggettivo ossia con riferimento alle persone fisiche o giuridiche che svolgono un'attività ma piuttosto sotto il profilo oggettivo ovvero con riguardo all'attività transnazionale stessa⁸¹.

A tal proposito, si segnala che il diritto del lavoro allude indistintamente al soggetto od all'oggetto della prestazione dedotta in contratto, ritenendo che il concetto di lavoratore e quello di lavoro appaiano fra loro interscambiabili in virtù dell'evidente coinvolgimento della persona nella prestazione che si obbliga ad espletare. Tale impostazione, secondo cui non occorre separare il profilo oggettivo da quello soggettivo, pur adducendo particolare rilievo ed incidenza nell'ambito della subordinazione, trova una ristretta collocazione anche nell'opposto contesto del lavoro autonomo, ove esercita comunque la

⁷⁸ Cfr. Cgce, 30 novembre 1995, C-55/94, cit., punto 20.

⁷⁹ Vedi M. A. MOREAU, *Le détachement des travailleurs effectuant une prestation de services dans l'Union Européenne*, in *Journal du droit international*, 1996, p. 894.

⁸⁰ Cfr. M. CONDINANZI, A. LANG, B. NASCIMBENI, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, 2003, p. 165.

⁸¹ Cfr. V. HATZOPOULOS, *Recent development of the case law of the ECJ in the Field of service*, in *CMLR*, 2000, p. 60.

sua parziale influenza.

Pur tuttavia il diritto comunitario muove da una diversa prospettiva, perché pone in risalto non tanto il profilo sociale del lavoro o la persona del lavoratore, quanto piuttosto la valenza economica del bene servizio, garantendone, sul versante normativo, la libera circolazione negli stati membri.

2. Nozione di «servizio»: sovrapposibilità alla circolazione di beni e tratti essenziali (carattere autonomo, transnazionalità, temporaneità, soggetti fruitori)

Presentato l'interazione fra il principio della libera prestazione di servizi e le altre libertà fondamentali previste dal TCE, vale la pena esaminare nel merito la nozione comunitaria di servizi, al fine di delineare l'ambito obiettivo di applicazione della disciplina ad essi destinata.

Nonostante venga riservata, secondo quanto già precisato, una posizione residuale alla categoria dei servizi, non si rinviene nel Trattato, come ci si sarebbe potuti aspettare, una definizione in negativo della libertà di prestazione degli stessi. Nel nucleo dei servizi rientrano, in forza dell'art. 50 TCE, le attività commerciali, industriali, artigiane e delle libere professioni; con la precisazione che tale elenco non ha carattere tassativo, ma indica a titolo esemplificativo alcune fra le numerose e disomogenee attività economiche che costituiscono servizio.

In via di estrema sintesi, la prestazione di servizi consiste nell'esercizio di un'attività economica non salariata in ambito transnazionale⁸².

Carattere autonomo del servizio.

Venendo ai tratti fondamentali, occorre rimarcare che l'elemento preponderante del servizio⁸³ è la prestazione di un soggetto, ossia un'attività di *facere* e non di *dare*; mentre è preponderante il *dare* quando si verifichi il

⁸² Cfr. R. FOGLIA, *Il distacco del lavoratore nell'Unione Europea: la normativa comunitaria*, in *MGL*, 2001, p. 806.

⁸³ Cfr. A. TIZZANO, *La libera circolazione dei servizi nella Cee. Profili generali*, in A. Tizzano, (a cura di), *Professioni e servizi nella Cee*, Cedam, 1985, p. 43.

trasferimento di una produzione di beni⁸⁴.

Detta attività, non essendo salariata, è da ricondursi, secondo i canoni del diritto del lavoro nazionale, nell'alveo del lavoro autonomo. Come noto, quest'ultimo ricomprende le attività di impresa e le prestazioni d'opera che si distinguono in base alla prevalenza o meno di un'organizzazione di mezzi⁸⁵. Pertanto, quando l'operatività del soggetto risulta corredata da un esiguo e non qualificato utilizzo di mezzi organizzati, la prestazione di servizi corrisponde alla nozione di prestatore d'opera come intesa dall'ordinamento italiano. Tuttavia il diritto comunitario considera quest'ultima figura quale sottospecie del prestatore di servizi senza però dedicargli una disciplina specifica ma scegliendo di dettare una regolazione unitaria dei servizi e dello stabilimento rivolta, in quanto tale, a qualsiasi soggetto economico indipendente che li fornisca.

Dopo aver spiegato il significato da attribuire al termine servizio, vi è però da aggiungere un'osservazione che è indispensabile per comprendere come nella materia l'ordinamento comunitario interagisca con quello nazionale. Deve infatti chiarirsi che negli scambi commerciali l'erogazione di un servizio determina frequentemente anche la fornitura di beni. Proprio con riferimento a questi casi⁸⁶, diventa problematico rispondere al quesito se l'attività economica debba essere ricondotta alla libera circolazione di beni oppure alla libera prestazione di servizi. Tale interrogativo permane, se nella valutazione del caso si considera prioritario il criterio di residualità dei servizi e trova invece più facilmente risposta se si impiega quello di prevalenza, in virtù del quale si deve stabilire quale sia la prestazione principale, mediante una valutazione di natura economica.

A tal riguardo la Corte afferma che “qualora un provvedimento nazionale incida sia sulla libera prestazione dei servizi sia sulla libera circolazione delle merci, la Corte procede al suo esame, in linea di principio, solamente con riguardo ad una delle due libertà qualora risulti che, alla luce delle circostanze della specie, una delle due sia del tutto secondaria rispetto all'altra e possa

⁸⁴ V. R. MASTROIANNI, *La libera prestazione dei servizi*, in G. Strozzi, (a cura di), *Diritto dell'Unione Europea. Parte speciale*, Torino, 2005, p. 229.

⁸⁵ A. PERULLI, *Il lavoro autonomo*, Milano, 1996, p. 39 ss.

⁸⁶ Esemplificativamente il caso delle lotterie qualificate come servizi in Cgce, 24 marzo 1994, C-275/92, Schindler.

essere a questa ricollegata»⁸⁷. Nelle circostanze in cui non risulti possibile sancire la prevalenza dei servizi sulle merci e viceversa, si procede ad analizzare entrambi gli elementi⁸⁸.

Rifacendosi alla definizione di prestazioni di servizi che si è proposta poc'anzi, viene in evidenza che le attività espletate dal prestatore sono di carattere economico. Esse vengono infatti solitamente svolte, *ex art.* 50, 1° comma, TCE, in cambio di una retribuzione, per tale intendendosi il compenso concordato per il servizio fra cliente e fornitore, e non il salario riconosciuto come corrispettivo di un'attività svolta in forma subordinata⁸⁹.

Pertanto, la prestazione di servizi rappresenta a tutti gli effetti un'attività autonoma, volta a garantire a chi la presta un profitto, che può risultare diretto od anche indiretto, a seconda che il compenso venga versato o meno dall'utilizzatore del servizio offerto⁹⁰. Per cui esulano da tale categoria le attività per le quali non è stabilito dalle parti alcun compenso economico diretto od indiretto ed i servizi, finanziati dal bilancio pubblico, che vengono erogati dallo stato⁹¹.

Transnazionalità dei servizi.

Le attività costituenti servizi debbono altresì essere caratterizzate da transnazionalità, nel senso che sono tali debbono interessare le aree territoriali di più stati membri dell'Unione Europea, non potendosi concentrare all'interno di uno solo di essi.

La natura transnazionale della prestazione ha condotto all'individuazione, nell'ambito del mercato interno, di quattro differenti modalità di mobilità dei servizi.

Le prime due consistono nello spostamento del prestatore dal proprio stato di stabilimento a quello del fruitore del servizio e, rispettivamente, nello spostamento opposto⁹².

⁸⁷ Cfr. Cgce, 25 marzo 2004, C-71/02, Herbert Karner Industrie Auktionen GmbH c. Troostwijk GmbH, punto 46.

⁸⁸ Cfr. Cgce 22 gennaio 2002, C-390/99, Canal satellite digital, punto 31 ss.

⁸⁹ Cfr. Cgce, 4 dicembre 1986, C-205/84, Commissione c. Germania, punto 18; Cgce, 27 settembre 1988, C-263/86, Humbel, punto 17.

⁹⁰ Cfr. Cgce, 26 febbraio 1991, C-198/90, Commissione c. Grecia, punto 6.

⁹¹ Cfr. Cgce, 7 dicembre 1993, C-109/92, Wirth, punto 15.

⁹² Cfr. E. GREPPI, *Stabilimento e servizi*, cit., p. 488.

La terza modalità prevede che il prestatore ed il destinatario del servizio si muovano da un medesimo stato per approdare ad un altro, ove l'uno possa dare esecuzione alla prestazione e l'altro la possa ricevere⁹³.

A differenza di queste, la quarta ipotesi, di marca giurisprudenziale, consta nel mantenere sia il prestatore che il beneficiario del servizio nei propri stati di stabilimento e nel far circolare il servizio fra i paesi interessati, con la conseguenza che l'esecuzione dell'attività avviene in uno stato diverso da quello ove se ne fruisce⁹⁴.

Pertanto il concetto di transnazionalità rappresenta la mobilità infracomunitaria delle persone ma soprattutto la circolazione del servizio in conformità alla posizione dell'Unione Europea che considera il profilo soggettivo ossia chi presta o riceve il servizio quale mero presupposto fattuale di quello oggettivo a cui è riconosciuta natura prevalente anche in ragione della sua necessaria sussistenza per la formazione della fattispecie.

Temporaneità dei servizi e sovrapposizioni col diritto di stabilimento

Peraltro merita attenzione l'elemento della temporaneità che adduce particolare rilievo nella determinazione della distinzione fra il regime dei servizi e quello dello stabilimento: a tal riguardo si segnala che la non semplice distinzione fra le attività economiche di carattere temporaneo da quelle di natura stabile può essere effettuata in virtù della ratio che sta alla base della duplicità di regimi ossia del differente grado di incardinamento nello stato ospite, esplicitata dal carattere, stabile nel caso di stabilimento⁹⁵ e da quello occasionale per le prestazioni di servizi, mediante il quale si esercita, entro i confini di un altro stato membro, un'attività economica autonoma⁹⁶.

Con il termine temporaneità non si indica semplicemente un lasso temporale ristretto, quantizzabile in via interpretativa, poiché la qualificazione di detto requisito abbisogna di una valutazione più articolata. Al fine di

⁹³ Cfr. Cgce, 26 febbraio 1991, C-180/89, Commissione c. Italia.

⁹⁴ Cfr. Cgce, 25 luglio 1991, C-76/90, Sager.

⁹⁵ Cfr. R. FOGLIA, *Il distacco del lavoratore*, cit., p. 806.

⁹⁶ Si rammenta che la Corte, da alcuni decenni, ha sostenuto, con riferimento al differente ma per certi versi connesso profilo della residenza e della sede, che per effetto della libera prestazione dei servizi garantita dal Trattato "uno stato non può, esigendo la residenza nel proprio territorio, impedire la prestazione di servizi da parte di persone residenti in altro stato membro".

comprovarne la sussistenza, infatti, risulta indispensabile verificare che la partecipazione dell'interessato alla vita economica del paese ospitante non risulti né continuativa né stabile e che, in linea più generale, le attività da lui svolte non siano particolarmente frequenti o assidue. Ciò non esclude che egli possa disporre, in quel territorio, di una sede, purché essa si riveli strettamente indispensabile per l'espletamento delle sue attività⁹⁷.

Secondo la giurisprudenza consolidata, quindi, i parametri fondamentali da analizzare in relazione alla temporaneità sono la periodicità, la continuità, la frequenza e la durata⁹⁸.

Pare in proposito opportuno precisare che la temporaneità vale quale criterio scriminante, rispetto allo stabilimento, quando la si riferisce al profilo soggettivo attinente alla libera movimentazione del prestatore o del destinatario del servizio da uno stato membro ad un altro; mentre perde di incisività, a quel fine, se la si riconduce alla libera circolazione del servizio strettamente intesa, ovvero al profilo obbiettivo.

Inoltre, gli ultimi orientamenti della giurisprudenza comunitaria tendono ad implementare le casistiche in cui entra in gioco il presupposto della temporaneità tanto che la Corte di Giustizia ha affermato che “nella nozione di “servizi” possono rientrare servizi di natura molto diversa, ivi compresi i servizi la cui prestazione si estende per un periodo di tempo prolungato, anche di più anni, come, ad esempio, avviene per i servizi forniti nell'ambito della costruzione di un grande edificio». La Corte aggiunge che fra i servizi possono enuclearsi “le prestazioni che un operatore economico stabilito in uno Stato membro fornisce in maniera più o meno frequente o regolare, anche per un periodo prolungato di tempo, a persone stabilite in uno o più Stati membri, come ad esempio l'attività di consulenza o di informazione fornita dietro retribuzione”⁹⁹.

La Corte addiviene a tali determinazioni in virtù del fatto che “nessuna disposizione del Trattato consente di determinare, in maniera astratta, la durata o la frequenza a partire dalla quale la fornitura di un servizio o di un certo tipo

⁹⁷ Vedi R. GIESEN, *Posting: Social Protection of Workers Vs. Fundamental Freedoms?*, in *C.M.L.R.*, 2003, p. 154 e 155.

⁹⁸ Cfr. Cgce, 30 novembre 1995, C-55/94, Gebhard, Punti 27 e 28; Cgce, 13 febbraio 2003, C-131/01, Commissione c. Repubblica Italiana, Punto 22.

⁹⁹ Cfr. Cgce, 11 dicembre 2003, C-215/01, Schnitzer, Punto 28.

di servizio in un altro Stato membro non può essere più considerata prestazione di servizi ai sensi del Trattato”¹⁰⁰.

Le considerazioni emergenti dalle decisioni comunitarie paiono muovere dalla logica per cui la continuità e la stabilità dell’attività esercitata non debbano essere lette in virtù di un’astratta statuizione della frequenza e dell’estensione temporale, ma in chiave economica. Sicchè, adottando tale modalità interpretativa si può ammettere la durata anche pluriennale delle forniture¹⁰¹.

Necessita evidenziare, peraltro, che l’estensione del concetto di temporaneità non solo provoca significative conseguenze relative all’impatto della disciplina dei servizi sui mercati del lavoro interni, ma comporta anche una sua parziale sovrapposizione con la fattispecie dello stabilimento.

Soggetti fruitori

Una volta illustrati i tratti essenziali del principio della libera prestazione di servizi, si ritiene opportuno chiarire quali siano i soggetti che ne beneficiano. Una prima risposta a tale quesito perviene dall’art. 49 TCE in forza del quale questi ultimi corrispondono ai “cittadini degli Stati membri stabiliti in un Paese della Comunità che non sia quello del destinatario della prestazione”¹⁰².

Da una prima disamina della disposizione de qua si evince che al prestatore occorrono due requisiti fondamentali consistenti nello stabilimento ossia in un suo legame con il territorio di un paese dell’Ue differente da quello del destinatario del servizio ma non obbligatoriamente con il proprio e nel possesso della cittadinanza comunitaria.

La più autorevole dottrina di riferimento, rifacendosi ai modelli di *market access* su cui si tornerà in seguito, descrive lo stabilimento come la necessità di proteggere il mercato interno da incursioni di soggetti che, avvalendosi delle libertà di circolazione previste dal TCE, si insinuano nel tessuto economico della Comunità Europea senza intrattenere con il territorio della stessa alcuna

¹⁰⁰ Cfr. Cgce, 11 dicembre 2003, C-215/01, Schnitzer, Punto 31.

¹⁰¹ Cfr. Cgce, 13 febbraio 2003, C-131/01, Commissione c. Repubblica Italiana, punto 24.

¹⁰² Si precisa che il Trattato di Lisbona ha stabilito che l’espressione “un paese della Comunità dovesse essere sostituita con quella “uno stato membro”.

forma di collegamento¹⁰³.

Un'altra categoria che in virtù dell'art. 48 TCE appartiene al campo di applicazione delle prestazioni di servizi è quella delle persone giuridiche, o meglio delle società costituite nel rispetto delle normative di uno stato membro le quali hanno situato la propria sede legale o l'amministrazione centrale od ancora lo snodo principale dei propri affari entro i confini della Ce. Non risultano invece ammessi, in linea di massima, nella disciplina dell'art. 49 TCE ss. I cittadini di un paese terzo, a meno che il consiglio, su proposta della commissione, non deliberi a maggioranza qualificata di attuare ex art. 49 comma 2 TCE anche nei confronti di questi ultimi, purché prestatori di servizi stabiliti nell'area comunitaria, le disposizioni in questione¹⁰⁴.

Inoltre l'art. 49 primo comma TCE contempla i destinatari della prestazione, disponendo che non debbono obbligatoriamente avere carattere giuridico di impresa ma possono essere pure soggetti no profit od enti pubblici. Per costoro non è richiesto il requisito della cittadinanza ma solo quello dello stabilimento¹⁰⁵, tanto che anche cittadini extracomunitari possono giovare della regolamentazione in argomento, fruendo di una prestazione di servizi all'interno del territorio di uno stato membro, purché siano ivi stabiliti¹⁰⁶.

Dal novero delle materie rientranti nel regime giuridico sulla libera prestazione di servizi rimane fuori il settore dei trasporti, disciplinato da un altro capo del Trattato ovvero dall'art. 70 ss. TCE, mentre in relazione ai servizi assicurativi e bancari vincolati a movimenti di capitale l'art. 51 TCE sancisce che la liberalizzazione "deve essere attuata in armonia con la liberalizzazione della circolazione dei capitali".

In ultima analisi si sottolinea che in forza del richiamo all'art. 48 TCE non vengono assoggettate alle disposizioni in materia di servizi le attività esercitate negli stati membri in cui intervengono pubblici poteri e che ulteriori e

¹⁰³ Cfr. M. CONDINANZI, A. LANG, B. NASCIBENI, *Cittadinanza dell'Unione*, cit., p. 182; A. TIZZANO, *La libera circolazione*, cit., p. 41.

¹⁰⁴ Si puntualizza che il Trattato di Lisbona del 2007 ha previsto la sostituzione dell'espressione il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata su proposta della commissione, può estendere" con "Il Parlamento Europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono estendere".

¹⁰⁵ Cfr. CGCE, 26 febbraio 1991, C-180/89, Commissione c. Repubblica Italiana.

¹⁰⁶ Cfr. A. TIZZANO, *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 406.

numerose esclusioni dall'applicazione della disciplina de qua sono previste dall'art. 2 della Direttiva sui servizi 2006/123/Ce.

3. Market access e modelli di integrazione comunitaria.

Il principio di libera prestazione dei servizi costituisce, come già anticipato, una delle premesse indispensabili per la strutturazione del mercato interno, che viene realizzato mediante un processo di integrazione, i cui esiti e le cui modalità non appaiono scontati: ciò è dovuto alla presenza delle svariate ragioni che stanno alla base delle relazioni fra i diversi ordinamenti nazionali e dei loro rispettivi mercati.

Al fine di illustrare i meccanismi attraverso cui si determina il suddetto processo di integrazione comunitaria, il diritto sociale europeo ha delineato una distinzione fra integrazione positiva e negativa¹⁰⁷.

All'interno di quest'ultima si ritrovano le tesi fondate sul concetto di *market access*¹⁰⁸, che muove dalla necessità di coordinare la finalità di creare uno spazio privo di frontiere interne, secondo la logica della libera circolazione, con il protezionismo dello stato ospite, che sancisce misure volte ad impedire o ridurre l'ingresso di servizi provenienti da un altro stato dell'UE, denominato paese di origine, nel proprio territorio.

Al fine di rappresentare le condizioni di *market access* nel sistema comunitario, occorre soffermarsi sui tre modelli analitici, fra loro concorrenti, che vi stanno alla base¹⁰⁹.

Il primo di questi, detto ***host state control***, prevede che l'accesso al mercato dello stato ospite si realizzi mediante il pieno adempimento delle disposizioni sostanziali e procedurali vigenti sul suo territorio. Rientra in detto modello il principio di non discriminazione fondato sulla cittadinanza, in base al quale al prestatore di servizi intracomunitario debbono essere assicurate le medesime condizioni riservate al prestatore che abbia cittadinanza nel paese

¹⁰⁷ Cfr. M. BARBERA, *Dopo Amsterdam, I nuovi confini del diritto sociale comunitario*, Brescia, 2000.

¹⁰⁸ Cfr. C. BARNARD, S. DEAKIN, *Market Access and Regulatory competition*, in *Jean Monnet Working paper* 9/01, 2001.

¹⁰⁹ Cfr. F. BANO, *Diritto del lavoro*, cit., p. 40.

ospitante¹¹⁰. Tale modello, pur garantendo la parità di trattamento, lamenta parecchie criticità sul piano operativo poiché non determina una riduzione delle regole volta a rendere possibile un più efficiente processo di integrazione nel mercato comunitario ma lascia inalterato il sistema pregresso caratterizzato da tanti regimi di accesso ai mercati interni quanti sono gli stati membri.

Il secondo modello, denominato *home state control*, stabilisce che l'ingresso del prestatore nel mercato dell'UE avvenga attraverso il rispetto delle norme vigenti nel suo stato di origine. Tale impostazione permette di incentivare la liberalizzazione dei traffici commerciali consentendo una più fluida circolazione dei medesimi, in quanto riduce radicalmente il numero di ostacoli che ostruiscono o limitano l'accesso ai mercati domestici. Si ravvisa una forte affinità con il primo modello poiché, anche in questo caso, ogni stato membro mantiene il proprio regime giuridico per regolare l'ingresso al rispettivo mercato interno: da ciò si evince che ambedue i sistemi avvalorano la logica del decentramento delle competenze regolative che vengono per l'appunto lasciate nelle mani degli organi nazionali.

L'ultimo dei tre modelli, definito di *controllo sovranazionale*, prevede, a dispetto degli altri, il conferimento delle competenze agli organismi istituzionali centrali dell'Unione Europea: ciò avviene tramite l'impiego del criterio dell'armonizzazione, che consente di creare un mercato unico, dotato di un proprio regime giuridico unitario, teso ad eliminare la disomogeneità delle regole di accesso determinata dalla presenza di discipline statali fra loro differenti.

I tre modelli menzionati, unitamente alla nozione di *market access* risultano particolarmente funzionali al tentativo di dare una lettura sistemica all'articolata ed intricata materia della libera prestazione dei servizi nel panorama comunitario. A tal fine occorre declinarli nel diritto vivente perché solo in questo modo è possibile comprendere le logiche sottese alla disciplina dettata dal Trattato e dalle fonti secondarie ad esso collegate, nonché gli assunti contenuti nelle decisioni della Corte di Giustizia ed i relativi percorsi argomentativi.

¹¹⁰ Cfr. CGCE, 6 giugno 2000, C-281/98, Angonese.

4. Segue. *Il principio del trattamento nazionale.*

Il prestatore di servizi, come già anticipato, dispone della possibilità, sancita dalle norme del Trattato, di recarsi liberamente in un altro stato membro per espletare temporaneamente l'attività, mediante cui fornire la prestazione promessa. Quel paese dell'UE gli deve garantire, Secondo i dettami dell'art. 50, 3° comma, le medesime condizioni che la normativa interna riconosce ai suoi cittadini¹¹¹.

Mediante la disposizione appena citata, il legislatore comunitario formula il principio del trattamento nazionale, che si estrinseca nell'assicurare al prestatore di servizi un trattamento pari a quello riservato al prestatore cittadino o residente nel paese ospitante, con evidente intento di protezione verso quest'ultimo. Una tale garanzia, del resto, è prevista direttamente dall'ordinamento comunitario e non può essere messa in discussione da atti pubblici di qualsiasi natura emanati dallo stato in cui il soggetto si trova ad operare.

La giurisprudenza riferisce a questa impostazione interpretativa anche l'art. 49 TCE poiché nella dicitura di tale norma rinviene il preciso vincolo per i paesi membri di eliminare “tutte le discriminazioni che colpiscono il prestatore a causa della sua nazionalità o della sua residenza in uno Stato membro diverso da quello in cui dev'essere fornita la prestazione”¹¹².

Vale la pena sottolineare che tramite il richiamo alla nazionalità si assevera il principio di non discriminazione basato sulla cittadinanza¹¹³ in conformità, del resto, alle logiche del mercato comune ed in particolare all'art. 12 TCE, iscritto nella sezione iniziale del Trattato, il quale pone il divieto di “ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità”.

Un'ulteriore fattore di rilievo in materia è quello della residenza, che estende l'ambito di applicazione della tutela antidiscriminatoria a quelle

¹¹¹ Cfr. G. ORLANDINI, *La disciplina comunitaria*, cit., p. 466; CGCE, 9 agosto 1994, C-43/93, Vander Elst c. Office Des Emigrations Internationales, in Racc., 1994, p. 3803; CGCE, 21 ottobre 2004, C-44/03, Commissione c. Granducato di Lussemburgo, in Racc., 2004, p. 10191, Punto 29.

¹¹² Cfr. S. NERI, *La mobilità territoriale ed professionale dei lavoratori dans l'espace europeen*, in RDE, 1990, p. 255.

¹¹³ Cfr. M. V. BALLESTRERO, *Lavoro subordinato e discriminazione fondata sulla cittadinanza*, in DLRI, 1994, p. 481.

discriminazioni dissimulate, dirette od indirette¹¹⁴, fra le quali, esemplificativamente, si indica la situazione in cui la legge di uno stato dell'Ue impone che il prestatore debba risiedervi, qualora intenda fornire un servizio su quel territorio¹¹⁵.

In effetti, anche a parere della Corte di Giustizia, l'obbligare il prestatore a possedere la residenza entro i confini di un determinato stato membro per potervi svolgere le proprie attività risulta configgente con il principio della libera prestazione dei servizi poiché impedisce ai soggetti stabiliti in altri paesi membri di erogare servizi in quell'area¹¹⁶.

La previsione del divieto, per gli stati comunitari, di impiegare la residenza quale presupposto essenziale per l'esercizio di attività economiche, manifesta il chiaro indirizzo del diritto sopranazionale di indebolire gradualmente il legame sussistente fra leggi e territorio, speculare al principio di sovranità statale.

Peraltro occorre precisare che i requisiti della cittadinanza e della residenza non costituiscono gli unici elementi da valutare in quanto i dettami degli artt. 49 e 50 comma terzo TCE si esprimono in termini più generali proibendo "qualsiasi forma di discriminazione dissimulata che, sebbene basata su criteri in apparenza neutri, produca in pratica lo stesso risultato"¹¹⁷. Non risulta possibile derogare al principio di pari trattamento, se non nei casi esplicitamente previsti dal Trattato ed avvalendosi di un criterio di stretta interpretazione¹¹⁸.

Le disposizioni di diritto primario e derivato in materia di servizi, al pari di quanto previsto per la circolazione dei lavoratori salariati e per lo stabilimento, lasciano impregiudicata, in forza dell'art. 46 TCE, l'attuazione di disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative che per ragioni di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica, sanciscono regimi particolari¹¹⁹.

Tuttavia, i giudici comunitari hanno indicato altre motivazioni, su cui si tornerà in seguito, in virtù delle quali è ammessa l'adozione di disposizioni

¹¹⁴ Cfr. C. BARNARD, *The substantive law*, cit., p. 347 ss.

¹¹⁵ Si segnala, a titolo esemplificativo, l'art. 3 della Legge 264/1991.

¹¹⁶ Cfr. CGCE, 3 dicembre 1974, C-33/74, Van Binsbergen, punto 17; CGCE, 29 maggio 2001, C-263/99, Commissione c. Italia, Punto 20.

¹¹⁷ Cfr. CGCE, 3 febbraio 1982, C-61/81 e 62/81, Seco, Punto 8.

¹¹⁸ Cfr. CGCE, 19 giugno 2008, C-319/06, Commissione delle Comunità Europee c. Gran Ducato di Lussemburgo, Punti 50 e 51.

¹¹⁹ Cfr. S. BORELLI, *Un possibile equilibrio*, cit., p. 127.

domestiche, volte a limitare l'ingresso del prestatore di servizi in un mercato nazionale. Dato che queste ultime non rientrano nel novero delle deroghe su citate, la giurisprudenza dell'Ue ha ideato, sulla scorta della dottrina degli ostacoli, un apposito test, teso a vagliarne la legittimità¹²⁰.

In forza del rinvio dell'art. 55 TCE all'art. 45 TCE in tema di stabilimento, le norme sui servizi non si attuano per quelle attività che partecipino, sia pure occasionalmente ma in maniera diretta e specifica, all'esercizio dei pubblici poteri, nel paese comunitario interessato¹²¹.

Un'ulteriore disposizione che risulta *prima facie* particolarmente curiosa ma altrettanto significativa, poiché detta restrizioni temporanee ma non discriminatorie in tema di servizi, è la norma transitoria dell'art. 54, in forza della quale “fino a quando non saranno soppresse le restrizioni alla libera prestazione dei servizi, ciascuno degli Stati membri le applica senza distinzione di nazionalità o di residenza a tutti i prestatori di servizi contemplati dall'art. 49, primo comma”.

Secondo il testo originario dell'art. 49 TCE, il progressivo allargamento delle maglie strette che non permettevano di mettere in atto la fattiva e libera circolazione dei servizi prevista in ambito comunitario sarebbe dovuta avvenire tramite un apposito periodo di transizione.

La gradualità con cui realizzare tale liberalizzazione dei servizi era motivata sia da questioni di carattere tecnico, legate all'eterogeneità degli ordinamenti nazionali, sia da ragioni di natura politica, consistenti nella predisposizione di mercati aperti, non più protetti ed estranei alla concorrenza transnazionale in materia di libere professioni e di servizi.

Il piano che prevedeva l'elaborazione e l'emanazione delle direttive finalizzate a mettere in atto la liberalizzazione dei servizi¹²² non è stato attuato secondo le modalità e le tempistiche previste, se pur si è poi provveduto ad approvare una serie di direttive in alcune materie specifiche quali

¹²⁰ A questo proposito v. Cap. 2, Par. 4.

¹²¹ Cfr. S. BORELLI, *Un possibile equilibrio*, cit., p. 127.

¹²² Anche il testo vigente dell'Art. 52 Tce si appunta sul piano per l'emanazione di Direttive per la liberalizzazione dei vari servizi: si segnala a proposito che la Convenzione di Lisbona ha modificato l'Art. 52 Tce, sostituendo “Il Consiglio su proposta della Commissione e previa consultazione del Comitato economico e sociale e del Parlamento Europeo stabilisce” con “Il Parlamento Europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato economico e sociale, stabiliscono”.

telecomunicazioni, servizi finanziari, trasporti e servizi di interesse economico generale.

In ogni modo, la fattiva possibilità di prestare liberamente i servizi è stata assicurata, anche per mano degli interventi della Corte di Giustizia, sulla scorta del solo diritto primario. A tal proposito, si sottolinea che l'art. 49 TCE assoggetta gli stati membri ad un obbligo di risultato il cui rispetto risulta per gli stessi più agevole se si realizza il suddetto piano di emanazione progressiva dei provvedimenti comunitari. Al termine del periodo di transizione prestabilito, tale norma ha acquisito incondizionatamente efficacia diretta a livello generale¹²³ ed ha assunto invece verso le misure adottate da soggetti collettivi efficacia orizzontale.

A tale ultimo riguardo, la giurisprudenza comunitaria più attuale sostiene che l'adempimento degli artt. 43 e 49 del Trattato delle Comunità Europee «si impone anche alle normative di natura non pubblica dirette a disciplinare collettivamente il lavoro autonomo e le prestazioni di servizi. Infatti, l'abolizione fra gli Stati membri degli ostacoli alla libera circolazione delle persone e alla libera prestazione dei servizi sarebbe compromessa se l'abolizione delle limitazioni stabilite da norme statali potesse essere neutralizzata da ostacoli derivanti dall'esercizio dell'autonomia giuridica di associazioni ed enti di natura non pubblicistica»¹²⁴.

Secondo la differente ottica delle teorie di *market access*, il principio di pari trattamento nazionale adduce un diverso significato poiché risulta una declinazione attuativa del modello di *host state control*. In tale accezione, il principio in argomento si traduce in un invito allo stato ospite ad applicare le proprie normative a tutti i soggetti economici operanti sul suo territorio, secondo una logica fortemente protezionistica, tesa ad evitare che le prestazioni di servizi vengano ivi erogate nel rispetto di disposizioni appartenenti ad altri ordinamenti quali, più comunemente, quello del paese ove è stabilito il prestatore.

Verrebbe da affermare che la tutela antidiscriminatoria per il prestatore e l'estensione dell'attuazione del diritto dello stato ospite non si escludono in

¹²³ Cfr. CGCE, 17 dicembre 1981, C-279/89, Webb, Punto 13.

¹²⁴ Cfr. CGCE, 19 febbraio 2002, C-309/99, J.C.J., Wouters e altri c. Algemene Raad Van De Nederlandse Orde Van Advocaten.

quanto non sussisterebbe fra gli stessi un'alternatività bensì si applicherebbe in ragione della parità la medesima disciplina ovvero proprio il diritto dello stato ospite a tutti i prestatori che versino in eguali condizioni. In verità tale impostazione non pare appropriata poiché l'indistinta attuazione del diritto nazionale provoca inevitabilmente notevoli limitazioni alla libera circolazione dei servizi. Da ciò deriva che l'accesso di questi ultimi al mercato del paese ospite regolato in base al principio di non discriminazione pregiudica il processo di liberalizzazione dei servizi a livello comunitario. A tal riguardo si è evidenziato che il legame al territorio nazionale in cui si estrinseca la ratio antidiscriminatoria del sistema dell'Ue non esercita nell'ambito dei servizi, come accade in tema di stabilimento, un ruolo assoluto ed esclusivo, ossia porta di frequente ad esiti contrari al piano di liberalizzazione e differenti rispetto al fine perseguito¹²⁵.

5. Segue. La dottrina degli ostacoli: il principio di mutuo riconoscimento (o di equivalenza funzionale).

Ripartiamo dall'assunto per cui lo scopo prioritario perseguito con l'art. 49 TCE è quello di eliminare ogni limitazione che possa intralciare in qualunque modo la libera prestazione di servizi in ambito comunitario. Peraltro si deve osservare che, mentre le discriminazioni basate sulla cittadinanza e la residenza rappresentano un ostacolo per il prestatore di servizi dell'Unione europea, non vale il reciproco: non tutte le limitazioni volte ad ostracizzare il prestatore di servizi hanno carattere discriminatorio.

In virtù di tale logica di ragionamento, le discriminazioni costituiscono un sottogruppo delle limitazioni ed, ergo, "il trattamento nazionale è solo il *parametro minimo* della legittimità delle restrizioni, ma non sempre sufficiente a renderle compatibili con quanto richiesto dal diritto comunitario"¹²⁶.

Gli artt. 49 e 50 TCE prevedono infatti l'eliminazione non solo di ogni discriminazione posta in essere nei confronti dei prestatori di servizi ma anche "di qualsiasi restrizione, *anche qualora si applichi indistintamente ai prestatori nazionali*

¹²⁵ Cfr. A. TIZZANO, *La libera circolazione*, cit., p. 20.

¹²⁶ Vedi G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2003, p. 541.

e a quelli degli altri Stati membri, allorché essa sia tale da vietare o da ostacolare maggiormente le attività del prestatore stabilito in un altro Stato membro ove fornisce legittimamente servizi analoghi”¹²⁷.

Tale assunto corrisponde alla così detta dottrina degli ostacoli, che è stata congegnata e predisposta dalla giurisprudenza comunitaria già con la nota sentenza *Cassis de Dijon*, inerente alla libera circolazione delle merci e che è stata successivamente ampliata ed applicata, mediante la decisione *Sager*, alla materia dei servizi transnazionali¹²⁸.

La corte di Giustizia, infatti, muovendo dalle risalenti e significative sentenze emesse nei casi *Dassonville* e *Cassis de Dijon*¹²⁹, e poi passando per quelle relative a tanti altri casi tra cui si rammentano *Torfaen*¹³⁰, *Stoke-on-Trend*¹³¹, *Keck e Mithouard*¹³² e *Semeraro Casa Uno*¹³³, è giunta a riconoscere che, al di là delle cause giustificative esplicitamente riconosciute dal Trattato dagli artt. 30, 39.3, 46.1, e 58.1, lett. b, le quali richiamano, con riferimento alle varie libertà economiche, l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza e la sanità pubblica, vi sono *ulteriori* ragioni, o esigenze, imperative¹³⁴ che possono giustificare interventi nazionali che pure creino ostacolo alla libera circolazione delle merci, nella misura in cui tali interventi corrispondano ad un criterio di *ragionevolezza*: quest'ultimo, nell'evoluzione della giurisprudenza comunitaria, è stato poi configurato come un vero e proprio *test di proporzionalità*¹³⁵.

La Corte non ha indicato tassativamente tali esigenze imperative ma si è limitata, per lo meno in un primo periodo, a contemplare esigenze di natura fiscale o concernenti la tutela della salute pubblica, la protezione dei consumatori, la lealtà dei negozi commerciali ed altre ancora¹³⁶.

¹²⁷ Cfr. CGCE, 25 luglio 1991, C-76/90, *Sager c. Dennemeyer & Co Ltd*, Punto 14; CGCE, 10 maggio 1995, C-384/93, *Alpine Investments*; CGCE, 28 marzo 1996, C-272/97, *Guiot*, Punto 10.

¹²⁸ In Dottrina v. L. NOGLER, *Introduzione al mercato unico*, cit., p. 36.

¹²⁹ Cfr. CGCE, 11 luglio 1974, C-8/74 e CGCE, 20 febbraio 1979, C-120/78.

¹³⁰ Cfr. CGCE, 23 novembre 1989, C-145/88.

¹³¹ Cfr. CGCE, 16 dicembre 1992, C-169/91.

¹³² Cfr. 24 novembre 1993, C-Riunite 267/91 e 268/91.

¹³³ Cfr. 20 giugno 1996, C-Riunite 418/93.

¹³⁴ Cfr. CGCE, 12 giugno 2003, C-112/00, Punto 78; Direttiva sulla libera prestazione di servizi 2006/123/Ce, Considerandum 40.

¹³⁵ Cfr. CGCE, 19 giugno 2008, C-319/06, Commissione delle Comunità Europee c. Gran Ducato di Lussemburgo, Punti 50 e 51; in dottrina cfr. S. SCIARRA, *Diritti collettivi e interessi transnazionali: dopo Laval, Viking, Ruffert, Lussemburgo*, in Andreoni e Veneziani, (a cura di), *Le libertà economiche e i diritti sociali nell'Unione Europea*, Roma, 2009, p. 31.

¹³⁶ Cfr. U. CARABELLI, V. LECCESE, *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di favor e*

In un secondo tempo, essa ha compiuto un passo ulteriore addivenendo ad inserire fra le su citate esigenze, in particolare, le scelte politico-economiche rispondenti a peculiarità socio-culturali nazionali o regionali, la cui valutazione spetta, nella fase attuale del diritto comunitario, agli Stati membri¹³⁷. Quest'ultima formula è stata successivamente ripresa letteralmente per giustificare la compatibilità con il Trattato, sempre a condizione del superamento del *test* di proporzionalità, di alcune normative nazionali di tutela del lavoro, in due note sentenze, emesse nei casi *Conforama* e *Marchandise*, relativi al divieto di lavoro domenicale in alcune attività fissato dalle normative nazionali¹³⁸.

Queste posizioni erano destinate a diventare altresì l'approdo, verso la metà degli anni novanta, della giurisprudenza sviluppatasi sulle libertà comunitarie di *circolazione dei lavoratori* e di *prestazione dei servizi*¹³⁹ che, come già anticipato, venivano presi in considerazione dalla dottrina degli ostacoli, sino ad allora riferita solo alla libera circolazione delle merci.

Tale dottrina si è spinta a tracciare un approccio di *market access* più forte rispetto a quello illustrato in precedenza, poiché non si limita a pretendere il mero rispetto del principio di eguaglianza ma ritiene illegittimi tutti gli elementi, discriminatori e non, che obiettivamente creino impedimento all'accesso nel mercato nazionale dei prestatori comunitari di servizi.

Tale impostazione, secondo cui il giudizio non si fonda sulla presenza o meno di condotte discriminatorie ma sulla sussistenza di qualsiasi limitazione all'ingresso del prestatore comunitario nel mercato locale, permette alla Corte di ampliare il proprio giudizio di sindacabilità in relazione alle discipline nazionali¹⁴⁰. Quest'ultimo, peraltro, risulta più pregnante e pervasivo se riferito alla libera prestazione di servizi piuttosto che al diritto di stabilimento in quanto le misure ed i presupposti afferenti all'espletamento di un'attività economica permanente si giustificano spesso da sé o, per lo meno, richiedono una disamina ed una valutazione molto più blande rispetto a quelle inerenti ad

di non regresso nelle Direttive sociali, in Wp C.S.D.L.E., "Massimo Dantona", 2005, p. 555.

¹³⁷ Cfr. CGCE, 23 novembre 1989, C-145/88, Punto 14.

¹³⁸ Cfr. CGCE, 28 febbraio 1991, C-312/89, *Conforama*, Punto 11 e C-332/89, *Marcandise*, punto 12.

¹³⁹ Cfr. CGCE, 30 novembre 2005, C-5/94, *Gebhard*; CGCE, 10 maggio 1995, C-384/93, *Alpine*; CGCE, 15 dicembre 1995, C-415/93, *Bosman*, Punto 104.

¹⁴⁰ Cfr. L. NOGLER, *Introduzione al mercato unico*, cit., p. 37.

un'attività di carattere temporaneo.

Necessita inoltre evidenziare che sortisce effetti differenti un giudizio di illegittimità espresso in ragione delle eccessive restrizioni imposte da una norma nazionale in relazione all'accesso al territorio dello stato di riferimento ex art. 49 rispetto a quello esposto in virtù di riscontrate discriminazioni. Nel primo caso, infatti, si determina la disapplicazione della disposizione, sgombrando il campo dagli ostacoli alla libera circolazione delle prestazioni di servizi mentre nella seconda circostanza si estende per lo più al prestatore il diritto del paese ospitante poiché solo in presenza di una chiara condotta discriminatoria e non dinnanzi ad una qualunque limitazione ostativa all'ingresso dello stesso nel mercato nazionale si provvede a non dare più attuazione alla norma.

Attenendosi alla logica sottesa alla dottrina degli ostacoli, ci si rende conto che per le prestazioni di servizi comunitari occorre un regime giuridico alternativo al fine di evitare che si creino profonde lacune regolative in materia. Quest'ultimo si rivolge ai prestatori di servizi transnazionali e non a quelli stabiliti nello stato ospite, generando in tal modo una disparità di trattamento basata sulla cittadinanza che contrasta con la logica di funzionamento del principio del trattamento nazionale.

Tuttavia, l'inquadramento di tale regime giuridico alternativo avviene mediante l'impiego di un criterio, su cui vale la pena soffermarsi. A tal fine, occorre riprendere la pronuncia *Cassis De Dijon* appuntandosi sulla parte in cui la Corte asserisce che non sussiste “alcun valido motivo per impedire che bevande alcoliche, a condizione ch’esse siano legalmente prodotte e poste in vendita in uno degli Stati membri, vengano introdotte in qualsiasi altro Stato membro senza che possa esser opposto, allo smercio di tali prodotti, un divieto legale di porre in vendita bevande con gradazione alcolica inferiore al limite determinato dalla normativa nazionale”¹⁴¹.

Da ciò si evince che alle merci ed ai servizi viene assicurata, con il solo rispetto delle norme del paese d’origine (in questo caso individuabile nel diritto francese), la libera circolazione nei vari stati dell’Unione Europea.

¹⁴¹ Cfr. CGCE, 20 febbraio 1979, C-120/78, *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung Fur Branntwein*.

Occorre precisare che la posizione della Corte sulle restrizioni, attuabili indiscriminatamente alle prestazioni di servizi, riprende anche la nozione di misure ad effetto equivalente, già elaborata dalla giurisprudenza comunitaria nella sentenza *Cassis de Dijon* e *Keck* e successivamente iscritta nell'Art. 28 TCE con la dicitura divieto di restrizioni quantitative all'importazione.

Si tratta della fase in cui la Corte di Giustizia ha iniziato a delineare il c.d. principio di mutuo riconoscimento, inquadrabile come la proiezione dinamico operativa della dottrina degli ostacoli, per poi meglio definirlo, grazie anche all'apporto delle seguenti evoluzioni giurisprudenziali, fornendone un modello duttile tale da poter essere declinato all'occorrenza nei differenti contesti giuridico-istituzionali.

La Corte, per conseguire tale risultato, ha preso le mosse da due premesse fondamentali ossia dal fatto che sussistono una serie di ordinamenti giuridici fra loro disomogenei, comunque poco se non per nulla sinergici e dalla constatazione che la libera circolazione fra i paesi dell'Ue, assicurata dal trattato quale libertà essenziale, incontra notevoli limitazioni determinate dall'obbligo del rispetto delle norme del paese d'origine e di quelle del paese ospite nella movimentazione transnazionale di merci o servizi.

Infatti, in tale situazione, la criticità più evidente non consiste tanto nell'inosservanza del principio del trattamento nazionale quanto piuttosto nelle norme dello stato ospite indistintamente attuabili che, duplicando obblighi analoghi per la circolazione comunitaria del bene servizio, costituiscono un ostacolo ai sensi del Trattato dell'Ue¹⁴².

La tipologia del principio di mutuo riconoscimento congegnata dalla Corte consta nell'effettuazione di una comparazione fra le norme del paese d'origine e dello stato ospitante, cioè di disposizioni differenti in quanto appartenenti ad ordinamenti giuridici diversi, tesa a verificare la sussistenza o meno di un'equivalenza funzionale tra le medesime.

A fronte di una conferma in tal senso, la circolazione del bene ed il suo ingresso in un altro stato membro sarà disciplinata, onde evitare superflue ed irragionevoli duplicazioni regolative, dalla legislazione del paese d'origine, in conformità al già illustrato modello *home state control*.

¹⁴² Cfr. U. Carabelli, ultima monografia p. 10 e 11.

Al fine di rendere più chiara la distinzione fra il principio del paese d'origine¹⁴³ e quello del mutuo riconoscimento, così da evitare eventuali confusioni a proposito, pare opportuno fare alcune precisazioni.

In primo luogo, si ravvisa che l'operatività del modello *testé* menzionato non risulta automatica, bensì discende dalla sussistenza o meno dell'equivalenza funzionale fra le norme, che deve essere verificata mediante un accertamento discrezionale di carattere comparativo del giudice dello stato ospitante e non imposta da una valutazione normativa prognostica.

In seconda istanza, anche in presenza dell'equivalenza di cui sopra, l'attuazione del principio in argomento non appare scontata poiché, in forza della *rule of reason*, è possibile la riaffermazione del modello *host state control*, in quanto lo stato ospitante può chiedere che vengano rispettate alcune sue condizioni, mediante l'applicazione del rispettivo sistema giuridico interno.

Nell'accezione del principio di mutuo riconoscimento poc'anzi proposta, la circolazione infracomunitaria dei servizi secondo la disciplina del paese d'origine subisce notevoli influenze determinate in parte da deroghe tese a far valere il principio di sovranità dello stato ospite ed in parte da pareri discrezionali dei giudici.

Inoltre, se per un verso la dottrina degli ostacoli professa l'eliminazione degli impedimenti, sanciti dalle discipline nazionali, all'esercizio della libera circolazione dei servizi per l'altro non sussiste, come si potrebbe presumere, l'imposizione per lo stato ospitante di non attuare la propria normativa interna. Da ciò si evince che permane l'alternanza fra i modelli di *host state control* e *home state control* dato che non viene stabilita a priori una gerarchia fra gli stessi ed, ergo, una prevalenza dell'uno sull'altro.

Tuttavia tale dottrina ha strutturato un testo¹⁴⁴ alla stregua del quale viene inserita «una *presunzione relativa di incompatibilità* con il Trattato delle normative nazionali che, se pure sottopongono i cittadini ed i soggetti che operano in regime di prestazione di servizi allo stesso trattamento, comportano una restrizione alla libera circolazione dei servizi”¹⁴⁵.

¹⁴³ Vedi Par. 5.

¹⁴⁴ Cfr. R. Mastroianni, *La libera prestazione*, Cit., p. 264.

¹⁴⁵ Cfr. G. Tesauo, *Diritto Comunitario*, Cit., p. 546.

Antecedentemente all'effettuazione di detto test, il giudizio di legittimità deve muovere da una valutazione preventiva consistente nel verificare se ricorrano le deroghe previste dal Trattato ovvero ragioni di ordine pubblico, pubblica sicurezza e salute pubblica¹⁴⁶. Nel caso in cui non sussistano tali motivazioni, l'eventuale ostacolo normativo risulta compatibile con il regime di libera circolazione dei servizi solo in presenza di alcuni requisiti fondamentali. Innanzitutto, quest'ultimo non deve rivelare una natura discriminatoria nel senso già precisato *supra*¹⁴⁷ e deve poi essere giustificato da motivazioni imperative di interesse generale. Esso, peraltro, consistendo in una restrizione alla circolazione dei servizi nello specifico paese di riferimento, deve risultare adeguato ad assicurare, secondo il c.d. principio di proporzionalità, il perseguimento del fine che stabilisce, senza spingersi oltre il medesimo¹⁴⁸. In ultima analisi, nel paese d'origine del prestatore di servizi non debbono operare, in virtù del principio di equivalenza funzionale, disposizioni che tutelino lo stesso interesse salvaguardato dalla restrizione imposta dallo stato ospite¹⁴⁹.

In conclusione, si riscontra che, in ragione della cumulabilità dei vari elementi di giudizio, una norma di carattere restrittivo pur capace di garantire la parità di trattamento, le esigenze imperative e la proporzionalità, non supererebbe il test di legittimità se nel paese d'origine vi fosse una norma ad essa funzionalmente equivalente. Ciò lascia trasparire che il criterio di equivalenza, sul piano logico giuridico, pare più incisivo degli altri, contraddistinguendosi quale principale parametro di accesso ai mercati nazionali.

¹⁴⁶ Cfr. S. Borelli, Un possibile equilibrio, *Cit.*, p. 126; consulta anche gli artt. 27-33 della Direttiva 2004/38/Ce.

¹⁴⁷ Cf. par. n. 4, sul principio del trattamento nazionale.

¹⁴⁸ Cfr. CGCE, 30 novembre 1995, C-55/94, Punto 37.

¹⁴⁹ Cfr. CGCE, 25 luglio 1991, C-76/90, Sager c. Dennemeyer & Co Ltd, punto 15; CGCE, 23 novembre 1999, Cause riunite C-369/96 e C-376/96, Arblade e altri, punti 34 e 35; CGCE, 24 gennaio 2002, C-164/99, Portugaia Construcoes, punto 19; CGCE, 21 ottobre 2004, C-4450/03, Commissione c. Gran Ducato di Lussemburgo, punto 21; CGCE, 19 gennaio 2006, C-244/04, Commissione c. Rep. Federale di Germania, punto 31.

6. Segue. *Il principio del paese d'origine.*

Ci si è soffermati sulla prima variante del modello *home state control* ossia sul principio di mutuo riconoscimento o, come usa denominarlo la giurisprudenza, di equivalenza funzionale. Occorre ora occuparsi della seconda variante di detto modello, conosciuta come principio del paese di origine.

Per esso «il prestatore è sottoposto unicamente alla legislazione del paese in cui è stabilito e gli Stati membri non devono imporre restrizioni ai servizi forniti da un prestatore stabilito in un altro Stato membro»¹⁵⁰. L'obbiettivo che si intende conseguire risulta identico a quello ottenibile per mezzo del principio dell'equivalenza, mediante il test elaborato dalla giurisprudenza, se pur in questo caso si profila una modalità di perseguimento ancora più espresa e determinata: si ambisce, infatti, a valicare gli ostacoli imposti dagli stati membri per agevolare l'accesso dei servizi comunitari ai mercati interni, così consentendo “al prestatore di fornire un servizio in uno o più Stati membri diversi da quello d'origine senza essere sottoposto alle normative di questi ultimi”¹⁵¹.

Nonostante entrambi i principi conducano al raggiungimento del medesimo scopo, consistente nell'attuare le disposizioni del paese di origine, pare del tutto inopportuno ipotizzare una sovrapposizione nozionistica fra gli stessi, dato che presentano notevoli e significative differenze. La più rilevante tra queste consiste nel fatto che il principio del paese di origine prevede l'attuazione incondizionata della norma dello stato di provenienza del prestatore di servizi, a prescindere da un giudizio di equivalenza: allo stato ospite, infatti, non è permesso di indicare ragioni di interesse generale atte a giustificare l'applicazione del proprio regime giuridico al prestatore che, appartenendo ad un altro paese, intenda accedere al proprio mercato.

Inoltre, il principio del paese di origine non contempla una *rule of reason*, già illustrata *supra*, che funga da spartiacque fra il protezionismo tipicamente sostenuto dallo stato ospite, che vorrebbe applicare la propria disciplina e la libera circolazione dei servizi, garantita dal trattato, che, invece, pretenderebbe

¹⁵⁰ Cfr. Commissione CE, 2004, p. 10

¹⁵¹ Cfr. anche a questo riguardo Commissione Ce, 2004, p. 10

di assicurare al prestatore ed ai servizi forniti dal medesimo spostamenti infracomunitari, privi di particolari impedimenti o limitazioni. A fronte di tale considerazione, non trova alcun spazio il modello *host state control* né l'esercizio del potere discrezionale riservato ai giudici per l'effettuazione del test di legittimità descritto nelle pagine precedenti.

Il principio del paese di origine, oltre a non essere contemplato dal TCE, non costituisce nemmeno uno dei presupposti fondamentali per garantire il divieto di imporre restrizioni alla libera circolazione dei servizi disposto dall'art. 49 TCE, poiché la fattiva applicazione di quest'ultimo avviene, come affermato dalla Corte, sulla scorta di una pluralità di regole diverse. Nel diritto derivato in tema di servizi, invece, si rileva che in talune materie viene applicato il principio de quo¹⁵².

Nei trascorsi si era paventata l'idea, discutibile e priva di fortuna, di attribuire fortissima incisività al principio del paese d'origine, tanto che nella proposta della Direttiva quadro in tema di servizi e stabilimento Bolkestein esso avrebbe assunto un ruolo di primo piano, fungendo, a prescindere da alcune deroghe settoriali, da caposaldo regolativo di tutto il mercato comunitario dei servizi. A tal proposito, si rammenta che l'art. 16.1 di detta proposta sanciva: «Gli Stati membri provvedono affinché i prestatori di servizi siano soggetti esclusivamente alle disposizioni nazionali dello Stato membro d'origine applicabili all'ambito regolamentato».

Veniva rigettata, invece, la soluzione di armonizzare i regimi giuridici nazionali in materia di servizi poiché si sarebbe incorso nel rischio di dover creare una regolamentazione troppo articolata e corposa, senza peraltro salvaguardare le specificità normative dei vari stati membri dell'Ue. Non veniva nemmeno accettata l'ulteriore idea di intraprendere il cammino giurisdizionale, chiedendo alla commissione di attivare procedimenti di infrazione, volti a consentire di adattare, via via e caso per caso, le discipline nazionali. Si sarebbe infatti trattato di “un'operazione a carattere puramente reattivo, priva di una volontà politica condivisa attorno ad un obiettivo comune”¹⁵³.

¹⁵² Cfr. Regolamento 1421/71; a titolo esemplificativo vedi art. 3, Direttiva 2000/31/Ce, la così detta Direttiva sul commercio elettronico.

¹⁵³ Cfr. Commissione Ce, 2004, p. 11.

L'ipotesi in esame muoveva dalla considerazione secondo cui il principio del paese di origine risultava il mezzo più consono per contrastare le azioni protezionistiche dei paesi membri e per assicurare un'efficace liberalizzazione dei servizi in ambito comunitario. Al fine di rendere più dinamico il mercato interno dei servizi, infatti, si propendeva per favorire una maggiore circolazione transnazionale delle norme degli stati della Ue, in particolare attuando quelle del paese di provenienza del prestatore e non quelle del paese ospitante, determinando in tal modo il necessario e temporaneo affievolimento della connessione fra legislazioni e rispettivi territori. Si giungeva così a riconoscere “la coesistenza pluralista dei regimi giuridici degli Stati membri con le loro specificità e particolarità” evitando che queste ultime venissero impiegate per imporre restrizioni ai servizi di un prestatore stabilito in un altro Stato membro”¹⁵⁴.

Detta ipotesi, dunque, avrebbe originato una sana competizione fra i regimi giuridici dei vari paesi dell'Ue che, diversamente da quanto sostenevano i soggetti ad essa contrari, si sarebbe contraddistinta per recare migliorie a livello di qualità, costi dei servizi e tutela dei consumatori, scongiurando i rischi (*rise to the bottom*) solitamente innescati dai modelli fondati sulla concorrenza regolativa.

L'impiego del principio del paese di origine per la determinazione della scelta del regime di accesso ai mercati domestici veniva controbilanciato da un insieme di tecniche regolative che contemplavano misure tanto di soft law quali l'elaborazione di codici di condotta, quanto di hard law. Queste ultime tendenzialmente corrispondevano ad un numero ristretto di Direttive tese ad un'armonizzazione mirata, finalizzata ad assicurare la tutela dell'interesse generale in taluni settori essenziali”. Si ammetteva, però, che nel compiere tale operazione, potevano emergere forti disparità tra i vari livelli di tutela, cosa che “comprometterebbe la fiducia reciproca indispensabile all'accettazione del principio del paese d'origine e potrebbe giustificare, conformemente alla giurisprudenza della Corte, misure restrittive alla libera circolazione”¹⁵⁵.

Peraltro al principio del paese di origine si doveva accompagnare una

¹⁵⁴ Cfr. ancora Commissione Ce, 2004, p. 20.

¹⁵⁵ Cfr. Commissione Ce, 2004, p. 10.

responsabilizzazione dello stato ospite, il quale sarebbe stato gravato dell'onere di vigilare sui prestatori di servizi ivi stabiliti, anche qual'ora erogassero od avessero erogato servizi in altri paesi dell'Ue¹⁵⁶.

L'applicazione del principio *de quo* non risultava incondizionata bensì soggetta ad una serie di deroghe, delle quali talune di carattere temporaneo, che erano state predisposte soprattutto per far fronte alla già citata disparità fra i livelli di tutela degli ordinamenti nazionali. A tal riguardo si è sostenuto che “per talune attività o talune materie un'eccessiva divergenza degli approcci nazionali o un livello insufficiente di integrazione comunitaria possono impedire l'applicazione del principio del paese d'origine”¹⁵⁷.

7. Sovrapposizione fra circolazione dei lavoratori e prestazione di servizi: alcune decisioni recenti della Corte di Giustizia (casi Viking, Laval, Rüffert, Granducato del Lussemburgo).

Dal 1957 ad oggi la giurisprudenza ha affrontato in molteplici controversie la materia della libera prestazione di servizi, compiendo un cammino piuttosto tortuoso e colmo di insidie, nel corso del quale ha sviluppato, anche in virtù dei cambiamenti socio economici e politici dell'UE, più orientamenti in materia¹⁵⁸.

In particolare si è passati gradualmente dal ritenere che la libera prestazione di servizi fosse da regolare mediante l'art. 39 TCE all'idea che invece fosse da disciplinare tramite i dettami dell'art. 49 TCE: quest'ultima disposizione, pur assomigliando all'altra sul piano degli elementi costitutivi della fattispecie di riferimento, presenta divergenze sul versante degli effetti. L'art. 49 TCE, infatti, nel regolamentare la libera prestazione di servizi *cross-border*, si intreccia ed in parte si sovrappone alla libera circolazione dei lavoratori, benché non garantisca la piena parità di trattamento sancita dall'art. 39 TCE.

L'incontro e la parziale sovrapposizione appena citati avvengono in

¹⁵⁶ Cfr. Commissione Ce, 2004, p. 10.

¹⁵⁷ Cfr. Commissione Ce, 2004, p. 27.

¹⁵⁸ Cfr. A. LO FARO, *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking*, in *Lav. Dir.*, 2008, p. 69.

ragione del fatto che le prestazioni di lavoro espletate dal dipendente e quelle svolte nell'ambito di un appalto cioè di una prestazione di servizi secondo la dicitura comunitaria, sono separate da un filo assai sottile. Come hanno notato gli studiosi italiani di diritto del lavoro, di frequente impegnati ad affrontare le criticità derivanti dagli appalti *labour intensive*, la differenza diventa spesso impercettibile. Dato che nella maggior parte dei casi, il servizio tende a coincidere con il lavoratore che lo presta, appare notevolmente complesso discernere fra le prestazioni di servizi *cross border*¹⁵⁹ e la mobilità transnazionale di lavoratori. Di conseguenza, sul versante del regime giuridico risulta impervio decidere se ai lavoratori provenienti da un altro stato membro vadano applicate le norme del paese d'origine *ex art. 49 TCE*; e se nei confronti degli stessi vadano applicate tutte le disposizioni vigenti nel territorio ove forniscono il servizio *ex art. 39 TCE*¹⁶⁰.

In origine, soprattutto nei Trattati, la distinzione fra le libertà di prestazione di servizi e di circolazione dei lavoratori era, dal punto di vista concettuale, estremamente marcata. Difatti si prevedeva che solo un numero esiguo di lavoratori, quelli specializzati nel montaggio di impianti e macchinari, dovesse rientrare nel regime regolativo dell'art. 49 TCE, che perciò non escludeva provvedimento discriminatori; per contro, tutte le prestazioni di lavoro, anche di carattere stagionale o temporaneo, che venivano eseguite in un paese differente rispetto a quello di residenza, erano sottoposte alla disciplina dettata dall'art. 39 TCE ed, *ergo*, al principio di pari trattamento in esso contenuto¹⁶¹.

Con il trascorrere degli anni, proprio in virtù della parziale sovrapposizione fenomenica¹⁶² fra le due libertà fondamentali, si è finito per assoggettare la mobilità temporanea dei lavoratori, non più alle disposizioni dell'art. 39, ma a quelle dell'art. 49. Da questo ricollegamento derivano le criticità di cui si è dibattuto negli anni e con le quali, ancora oggi, abbiamo a che fare.

Al fine di analizzare il percorso che ha condotto a disciplinare la

¹⁵⁹ Questa differenza non sussiste per quelle particolari prestazioni di servizi nelle quali i servizi erogati consistono in fornitura di manodopera, che si muove da uno stato all'altro dell'Unione Europea.

¹⁶⁰ Cfr. Considerando 37 ed art. 4.5 della Direttiva 96/71/Ce.

¹⁶¹ Cfr. Direttiva 68/360/Cee; Regolamenti 1612/68 e 1408/71.

¹⁶² Cfr. CGCE, 21 settembre 2006, C-168/04, Commissione c. Austria.

mobilità temporanea dei lavoratori non più in forza dell'art. 39 ma alla stregua dell'art. 49 TCE, occorre rivisitare i passaggi più significativi, benché a volte contraddittori, delle sentenze, attraverso le quali la Corte di Giustizia è gradualmente pervenuta a detto risultato.

Caso Viking.

In due importanti decisioni della Corte di Giustizia, ormai note come caso *Viking* e caso *Laval*, sono coinvolte imprese di provenienza scandinava. A tal proposito è opportuno premettere che i paesi di tale area territoriale, per tradizione, inquadrano il conflitto all'interno dei sistemi di contrattazione collettiva¹⁶³. Cosicché, tanto per esemplificare, dalla sentenza relativa al caso *Viking* emerge che in Finlandia l'esercizio del diritto di sciopero, garantito a livello costituzionale, è ammesso solo come *ultima ratio* per la risoluzione del conflitto insorto in sede di contrattazione.

Nel decidere la controversia relativa al caso appena citato¹⁶⁴, la Corte di Giustizia parte quindi dalle caratteristiche del sistema finlandese, nel quale per gli stessi sindacati le azioni di sciopero costituiscono l'«ultima risorsa e sono inscindibilmente connesse al contratto collettivo del quale la FSU cerca di ottenere la sottoscrizione»¹⁶⁵. Il che non basta a impedire che un'impresa possa chiedere il rispetto dei dettami dell'art. 43 TCE nei confronti di un sindacato. In tal modo si vuole evidenziare il paradosso di un sistema nazionale che non è in grado di difendersi dal limite stabilito dall'ordinamento sopranazionale.

A tal riguardo, la Corte di Giustizia sostiene che non vi siano ragioni

¹⁶³ Cfr. S. SCIARRA, *Diritti collettivi e interessi transnazionali*, cit., p. 37.

¹⁶⁴ Una società finlandese (*Viking*), che gestiva una linea di trasporto nautico tra la Finlandia e l'Estonia, intendeva, utilizzando la propria *libertà comunitaria di stabilimento*, immatricolare in Estonia, in capo ad una società controllata (*Viking Eesti*), uno dei suoi traghetti, il Rosella, e quindi far battere bandiera estone ad esso. Ciò con l'obiettivo di definire in Estonia, tramite contrattazione collettiva con i sindacati locali, dei trattamenti economico-normativi per l'equipaggio imbarcato sul Rosella più bassi di quelli previsti dalla contrattazione collettiva finlandese e di continuare a svolgere lo stesso servizio di trasporto con costi inferiori.

Al fine di ostacolare tale progetto – che di fatto rischiava di mettere in pericolo l'occupazione dei marinai finlandesi – i sindacati finlandesi hanno minacciato, contro l'operatore del trasporto nautico, un'azione collettiva, legittima secondo la normativa finlandese. Essi hanno ottenuto anche il sostegno solidale del Sindacato Internazionale dei Trasporti, il quale ha invitato, con circolare, le associazioni sindacali affiliate a boicottare la Viking, rifiutando di negoziare con essa.

Quest'ultima ha allora adito la Corte di Londra (sede del Sindacato Internazionale dei Trasporti), lamentando che il comportamento dei sindacati finlandesi e di quello internazionale violava la propria libertà comunitaria di stabilimento, sancita dall'art. 43 del Trattato CE.

¹⁶⁵ Cfr. CGCE, 11 dicembre 2007, C-438/05, Viking Line Abp, punto 36.

imperative di interesse generale idonee a giustificare nella specie una limitazione al diritto di stabilimento¹⁶⁶. Una simile impostazione presuppone una notevole interferenza nella discrezionalità dello stato, il quale deve occuparsi di scegliere le norme inderogabili previste a tutela dell'interesse comune.

È opportuno sottolineare che nel rinvio al giudice nazionale, operato in questo caso dalla Corte, si potrebbe profilare la residua possibilità di un giudizio di proporzionalità¹⁶⁷, mediante cui dovrebbe essere accertata la fattiva esclusività dello sciopero quale mezzo di tutela dei posti di lavoro che le scelte dell'armatore hanno messo in discussione. Non rimane altro che confidare in quella residua possibilità, prospettata anche dalla Corte nelle battute finali della pronuncia, ove si sostiene che le limitazioni alla libertà di stabilimento generate da azioni collettive volte alla sottoscrizione di un contratto collettivo possono, in linea di principio, essere giustificate, purché entro i confini di una valutazione di proporzionalità relativa ai fini perseguiti, «da una ragione imperativa di interesse generale come la tutela dei lavoratori»¹⁶⁸.

Se si accoglie un'interpretazione benevola di ciò che la Corte ha inteso esprimere nelle fasi finali della decisione de qua, si può pensare che il diritto di sciopero orientato alla tutela dei posti di lavoro, nel momento in cui il datore ricorra espressamente alle procedure di licenziamento, non dovrebbe entrare in conflitto con la disposizione sopranazionale. I criteri di proporzionalità, che fungerebbero da restrizioni all'esercizio del diritto di sciopero, potrebbero essere pattuiti, tramite il ricorso all'autoregolamentazione, unicamente in una fonte endosindacale.

Caso Laval.

Anche in questa pronuncia, si verte sul fatto che un prestatore di servizi venga forzato dall'azione di autotutela a sottoscrivere un contratto collettivo, nonostante non avesse ritenuto di dovervi aderire¹⁶⁹. Ancora più

¹⁶⁶ Cfr. CGCE, 11 dicembre 2007, C-438/05, Viking Line Abp, punto 75.

¹⁶⁷ Cfr. U. CARABELLI, cit., p. 8.

¹⁶⁸ Cfr. CGCE, 11 dicembre 2007, C-438/05, Viking Line Abp, punto 90.

¹⁶⁹ Una società edile operante in Svezia (*Baltic*), ma controllata da una società lettone (*Laval*), aveva vinto un appalto per la costruzione di una scuola nella città svedese di Vaxholm e, nell'esercizio della propria *libertà comunitaria di circolazione dei servizi*, intendeva eseguire i lavori relativi all'appalto tramite

preoccupante la conclusione finale della Corte Laval, pur essendo differente da quella vista per l'ordinamento finlandese la posizione del prestatore. Senonchè, anche in questo caso un forte sistema di contrattazione collettiva, il quale ha rappresentato sin dagli anni '30 dello scorso secolo il modello dell'ordinamento svedese, non solo si ritorce contro se stesso, ma per paradosso ulteriore ripercuote all'esterno le sue contraddizioni.

Queste sono rappresentate rispettivamente dall'assenza di trasparenza verso il prestatore di servizi proveniente da un altro paese dell'Ue, dall'imprecisa trasposizione della Direttiva 96/71 e dalla scarsa incisività dell'ufficio di collegamento preposto, in regime di distacco dei lavoratori, a rendere più agevole la libera prestazione di servizi.

I sindacati svedesi, tanto forti da caratterizzarsi quali soggetti «quasi regolatori», pur essendo perfettamente in grado di fare a meno dell'intervento del legislatore interno per la fissazione di standard retributivi, non perseguono una missione pubblica di interesse collettivo, essendo ritenuti dalla Corte separati dallo stato. In Svezia come in Italia ed in Danimarca, l'autonomia collettiva rende più semplice la produzione di norme che si sottraggono all'autorità del paese regolatore.

L'elevato picco di sindacalizzazione, che assicura all'interno del sistema di riferimento una massiccia estensione dell'efficacia dei contratti collettivi, non può rilevare per la Corte, che non è tenuta a conoscere i meccanismi interni ai sistemi volontari di contrattazione collettiva. Essa, infatti, non dispone degli strumenti ermeneutici per valutare detti meccanismi e per capire

personale assunto in Lettonia dalla società madre e distaccato in Svezia presso la società controllata. Ciò al fine di applicare ad esso i trattamenti legali e contrattuali lettoni.

In assenza di una disciplina interna svedese in materia di retribuzione, attuativa dell'art. 3, co. 1, Direttiva n. 76/91, il sindacato svedese delle costruzioni ha cercato di convincere la Laval ad accettare il sistema di contrattazione collettiva svedese (ispirato al volontarismo e fondato su una contrattazione collettiva priva di efficacia *erga omnes*). Dopo vari tentativi andati a vuoto, alla fine ha promosso contro l'impresa svedese, con il sostegno, *in solidarietà*, del sindacato degli elettrici, uno sciopero – legittimo secondo la normativa svedese – bloccando l'attività esecutiva dell'appalto e riducendo alla fine la società svedese al fallimento.

La società Laval ha allora agito in giudizio contro i sindacati svedesi, al fine di fare accertare l'illegittimità tanto dello sciopero diretto, quanto di quello di solidarietà, in particolare (ai fini che qui più interessano) in ragione del loro contrasto con l'art. 49 TCE, sulla libera circolazione dei servizi, e con la stessa Direttiva n. 76/91. Ciò in quanto tali scioperi erano volti a “*indurre un prestatore di servizi straniero a sottoscrivere un contratto collettivo nello Stato ospitante relativo alle condizioni di lavoro ed occupazione e la situazione nello Stato ospitante sia tale per cui la legislazione volta a trasporre detta direttiva è priva di qualsiasi disposizione espressa sull'applicazione delle condizioni di lavoro e di occupazione presenti nei contratti collettivi*”.

la funzione del conflitto, in quanto sanzione funzionale all'andamento delle negoziazioni che precorrono la sottoscrizione dei contratti collettivi¹⁷⁰.

L'assenza di cognizioni sufficienti sui diritti ad esercizio collettivo esistenti in un paese ha quindi un effetto a cascata inducendo la Corte ad elaborare e proporre un'interpretazione pericolosamente invasiva delle finalità nonché delle modalità nell'esercizio del diritto di sciopero¹⁷¹.

Caso Rüffert

Ma le argomentazioni della Corte di Giustizia appaiono ancor più criticabili nella pronuncia relativa al caso *Rüffert*¹⁷². La normativa in materia di pubblici appalti del Land Bassa Sassonia, quale condizione per l'aggiudicazione dell'appalto stabilisce che l'impresa rispetti gli standard fissati dal contratto collettivo del luogo ove si svolge la prestazione di lavoro.

La fonte volontaria sottoscritta dalle parti sociali, sulla scorta del rinvio alla contrattazione collettiva, diviene una prosecuzione delle imposizioni normative. Essa assume un ruolo centrale nella scelta che non è solamente tesa a salvaguardare il mercato del lavoro interno dal dumping sociale, ma è anche

¹⁷⁰ Cfr. S. SCIARRA, Viking e Laval: *diritti collettivi e mercato nel recente dibattito europeo*, in *Lav. Dir.*, 2008, pp. 249-251.

¹⁷¹ Cfr. CGCE, 18 dicembre 2007, C-341/05, Laval, punti 110 e 111; vedi anche B. VENEZIANI, *La Corte di giustizia e il trauma del cavallo di Troia*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2008, II, p. 295 ss.

¹⁷² La legge del Land della Bassa Sassonia in materia di appalti pubblici stabilisce che le imprese partecipanti alle gare devono impegnarsi a corrispondere ai loro dipendenti quanto meno le retribuzioni fissate dal contratto collettivo di lavoro *del luogo di esecuzione della prestazione*, nonché a vincolare anche gli eventuali subappaltatori al rispetto del medesimo obbligo.

Una società tedesca, di cui il signor *Rüffert* era il curatore fallimentare, si era aggiudicata nel 2003 una gara pubblica d'appalto relativa alla costruzione di un istituto penitenziario in una città nel Land della Bassa Sassonia. Successivamente, la società tedesca aveva affidato in subappalto i lavori ad una società avente sede sociale in Polonia, presente in Germania con una filiale. Nel 2004, essendo risultato ad un controllo che la società subappaltatrice non rispettava le retribuzioni prescritte dal contratto del settore edile applicabile *in loco*, l'amministrazione tedesca aveva risolto il contratto di appalto, irrogando altresì la penale contrattuale alla società tedesca, appaltante principale, in quanto a conoscenza delle violazioni commesse dall'impresa subappaltatrice. A tale decisione si è opposto in giudizio il curatore fallimentare.

Il giudice tedesco ha così sollevato una questione pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia, chiedendo se la clausola del bando di gara relativa al rispetto delle retribuzioni vigenti nel luogo di esecuzione dell'appalto, in quanto obbligava le imprese degli altri Stati membri a corrispondere ai propri dipendenti distaccati per l'esecuzione dell'appalto retribuzioni solitamente superiori al salario minimo obbligatorio previsto dalla legge nazionale tedesca, si ponesse in contrasto con la Direttiva n. 71/96, e se, in quanto andava oltre quanto necessario per la tutela dei lavoratori, costituisse un ostacolo alla *libera circolazione dei servizi*.

rivolta a garantire una maggior adeguatezza dell'appaltatore rispetto a standard imprenditoriali ed organizzativi. Anche qui, come già precisato nel caso *Viking*, le misure adottate al fine di combattere le distorsioni della concorrenza, servono per mettere in risalto la marginalità dell'operatore economico che impieghi standard normativi inferiori rispetto a quelli predominanti nel mercato del paese ospitante.

Poiché detti comportamenti potrebbero causare una chiusura protezionistica dei mercati interni, dovrebbero essere oggetto di sanzioni positive che ne agevolino la progressiva emersione ed il conseguente adeguamento alle condizioni normative ed economiche applicate nel settore economico di riferimento. A questo proposito, sovrviene la formula antitetica a quella del vantaggio competitivo, che valorizza “la regolazione basata sui diritti”, espressione della funzione redistributiva del diritto del lavoro¹⁷³.

La Corte, invece, rimane asserragliata dietro un'interpretazione formalistica del contratto collettivo, reputato non applicabile alla totalità delle imprese nell'ambito della categoria e, dunque, non rispondente ai criteri dettati dalla Direttiva 96/71. La Corte, peraltro, ritenendo che il provvedimento adottato dal Land non sia giustificato dall'obiettivo di tutela dei lavoratori, lo considera in contrasto con l'art. 49 TCE¹⁷⁴.

Caso Granducato del Lussemburgo.

Nella decisione relativa al Granducato del Lussemburgo¹⁷⁵, la Corte sostiene in sostanza che le norme di ordine pubblico, invocabili quale deroga al principio di libera prestazione di servizi ex art. 49 TCE, debbono essere

¹⁷³ Cfr. B. HEPPLE, *Labour Laws and global trade*, Hart publishing, Oxford, 2005, p. 13 ss.

¹⁷⁴ Cfr. CGCE, 3 aprile 2008, C-346/06, Ruffert, punto 38.

¹⁷⁵ Una legge del Granducato del Lussemburgo del 2002, attuativa della Direttiva n. 96/71, stabilisce che costituiscono “disposizioni imperative di ordine pubblico nazionale”, e in quanto tali valgono “per tutti i lavoratori che esercitano un'attività nel Granducato di Lussemburgo, inclusi quelli ivi distaccati a titolo temporaneo”, tutte le previsioni legislative regolamentari, amministrative, nonché quelle contenute in contratti collettivi ad efficacia *erga omnes*, riguardanti un'ampia serie di materie del rapporto di lavoro.

In particolare, la legge lussemburghese, sulla base di questa qualificazione, ha reso vincolanti per le imprese aventi sede legale in altri Stati membri, le quali distaccano, nel quadro di una prestazione di servizi transazionale, propri lavoratori in Lussemburgo, una serie di condizioni di lavoro ed occupazione che vanno oltre quanto previsto dall'art. 3.1 della Direttiva n. 96/71.

In ragione di questa situazione, la Commissione ha presentato ricorso alla Corte di Giustizia, chiedendo che essa accertasse che il Granducato del Lussemburgo aveva trasposto in modo inesatto gli artt. 3.1 e 3.10 della predetta Direttiva.

interpretate in senso restrittivo e non possono essere “determinate unilateralmente da ciascuno stato membro senza il controllo delle istituzioni della Comunità Europea”.

Le motivazioni della deroga “devono essere corredate di un’analisi dell’opportunità e della proporzionalità della misura restrittiva adottata da tale stato, nonché di elementi circostanziati che consentano di suffragare la sua argomentazione”¹⁷⁶.

¹⁷⁶ Cfr. CGCE, 19 giugno 2008, C-319/06, Commissione c. Granducato di Lussemburgo, Punti 50 e 51.

CAPITOLO III

DALLA DIRETTIVA COMUNITARIA ALL'ARTICOLAZIONE DELLA DISCIPLINA NAZIONALE

SOMMARIO: 1. La Direttiva 96/71. Cenni introduttivi. - 2. Le ipotesi di distacco previste: raffronti con appalto di servizi, distacco nei gruppi di società e somministrazione di lavoro. - 3. *Segue*. Elementi comuni e differenziali delle ipotesi. - 4. Il nocciolo duro (*hard core*) della protezione: quanto incide la contrattazione collettiva? - 5. L'attuazione italiana (D. Lgs. 72/2000) e le discordanze dalla Direttiva. - 6. La disciplina del distacco nell'art. 30, D. Lgs. 276/2003. - 7. Tensioni e convergenze tra diritto nazionale e diritto comunitario nella regolazione dell'istituto. Considerazioni di sintesi.

1. La direttiva 96/71. Cenni introduttivi

La figura del distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi è stata disciplinata come sappiamo dalla Direttiva 96/71/Ce del 16 dicembre 1996, che si inserisce nel quadro delle norme dettate dal Trattato delle Comunità europee in materia di prestazione di servizi (su cui si è discusso nel precedente capitolo). Infatti la base giuridica del provvedimento risiede negli artt. 47.2 e 66 Tce e non, come si potrebbe immaginare, nelle prestazioni sociali del Trattato.

In linea generale, la Direttiva tende al superamento delle incertezze e degli impedimenti “che possono compromettere l'applicazione della libera prestazione di servizi, aumentando la sicurezza giuridica e consentendo d'individuare le condizioni di lavoro applicabili ai lavoratori che a titolo temporaneo eseguono lavori in uno Stato membro diverso dallo Stato la cui legislazione disciplina il rapporto di lavoro”¹⁷⁷.

Da ciò si evince che la Direttiva costituisce uno dei capisaldi di quel programma europeo che è stato concepito al fine di dar vita ad un mercato integrato dei servizi, le cui implicazioni sociali richiedono le dovute risposte sul versante legislativo. Si è riscontrato che si è venuta a configurare una nuova

¹⁷⁷ Cfr. Commissione Ce, *L'applicazione della Direttiva 96/71/Ce*, cit., p. 3.

forma di mobilità dei lavoratori, fortemente differente da quella dei lavoratori migranti regolata espressamente sia dagli atti del diritto derivato inerenti alla libera circolazione dei lavoratori che dal Trattato Ce¹⁷⁸.

La libera prestazione di servizi determina situazioni di mobilità del lavoro e comporta, dunque, l'individuazione di soluzioni tecnico normative, volte a risolvere il problema dell'attuazione del diritto del lavoro di uno stato ospite, poiché quest'ultimo costituisce una barriera, di natura giuridica, per l'accesso e la circolazione di lavoratori di un altro stato dell'Unione Europea.

Da ciò si desume che la Direttiva mira a disciplinare i casi di circolazione del lavoro sotto forma di prestazione di servizi in ambito transnazionale, ambendo ad instaurare fra le imprese un regime di leale concorrenza in modo da assicurare una tendenziale parità di trattamento tra quelle che svolgono una prestazione di servizi transnazionale e quelle del paese ospitante¹⁷⁹.

A tal proposito, la delineazione delle condizioni di lavoro, applicabili al soggetto distaccato, rappresenta il tentativo di addivenire ad un bilanciamento fra tutela del lavoro e libertà economiche, contemplando sia la necessità di scongiurare la sopravvenienza di pratiche di dumping sociale che potrebbero creare storture funzionali del mercato concorrenziale¹⁸⁰, sia il concetto di sovranità territoriale sia, infine, il timore dei paesi membri quando si mette in dubbio l'attuazione delle loro regole interne di diritto del lavoro.

La scelta di concentrarsi su uno piuttosto che su un altro dei profili su citati offre chiavi di interpretazione differenti ma non del tutto alternative fra loro. Una prima interpretazione, quella definita ufficiale, appare espressamente nei *considerando* del provvedimento comunitario. Con riferimento ad essa, si sottolinea che un mercato interno idoneo a garantire la libera circolazione di prestazioni di servizi e, più in specifico, il distacco di lavoratori in uno stato membro diverso da quello in cui abitualmente risultano impiegati, deve, *in primis*, prevedere misure di garanzia per la tutela dei diritti del lavoratore e, in seconda istanza, fondarsi sul principio di leale concorrenza¹⁸¹.

¹⁷⁸ Cfr. Commissione Ce, *L'applicazione della Direttiva 96/71/Ce*, cit., p. 4.

¹⁷⁹ P. DAVIES, *Posted Workers: single market or protection of national labour*, in *Com. Mar. Law Rev.*, 1997, p. 573 ss.

¹⁸⁰ V. G. ORLANDINI, *La disciplina comunitaria*, cit., p. 465.

¹⁸¹ Cfr. Considerando 5 della Direttiva 96/71/Ce.

La predisposizione di standard di tutela per i prestatori di servizi è tesa ad evitare il configurarsi di pratiche di dumping sociale che generino distorsioni delle regole di un mercato concorrenziale¹⁸². Il legislatore comunitario, al fine di dar vita ad un mercato unico ed integrato, ha ritenuto fondamentale che imprese nazionali ed estere evitino di intraprendere competizioni fra loro sui mercati locali, poiché queste risulterebbero viziate dai diversi livelli di tutela previsti dalle rispettive normative lavoristiche.

Peraltro, come anticipato, è stata prospettata una seconda interpretazione in virtù della quale la fissazione di standard di tutela del lavoratore per le imprese operanti nel contesto comunitario deriverebbe dalla volontà di alcuni paesi dell'Unione Europea di salvaguardare dalla concorrenza straniera i propri mercati interni ed i rispettivi ordinamenti lavoristici. Più in particolare, parte della dottrina asserisce che sono gli stati ospitanti i prestatori di servizi a godere dei benefici stabiliti dalla disciplina della Direttiva e che quest'ultima, pertanto, persegue il fine di riaffermare gli interessi statuali a discapito di quelli sopranazionali

Non risulta corretto schierarsi totalmente con l'uno o con l'altro degli orientamenti interpretativi appena illustrati per due ordini di ragioni. Anzitutto, poiché la scelta di una delle due tesi dipende dalle modalità di applicazione del provvedimento comunitario negli ordinamenti dei diversi paesi membri e dal coordinamento delle disposizioni dello stesso con la dottrina degli ostacoli, su cui ci si soffermerà in seguito. In secondo luogo, poiché il dualismo fra liberismo e protezionismo riscontrabile nella Direttiva appartiene al dna della medesima.

In virtù di tali considerazioni, si ritiene comunque che la modalità più consona per verificare se essa raggiunga i suoi obiettivi è quella di valutarne la declinazione nel singolo caso concreto¹⁸³. In linea generale, le posizioni su descritte mettono in luce che la Direttiva «si muove lungo la via stretta della difficile conciliazione tra le esigenze della libertà di prestazione dei servizi e la necessità di garantire quantomeno il rispetto del nucleo dei principi

¹⁸² Cfr. M. A. MOREAU, *Le détachement des travailleurs*, cit., p. 896.

¹⁸³ Cfr. C. BARNARD, *Et Employment law*, cit., p. 288; S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato*, Bologna, 2000, p. 120.

fondamentali del diritto del lavoro del paese destinatario del medesimo»¹⁸⁴.

Quest'ultima, In considerazione dei suoi contenuti, è espressamente finalizzata a “definire un nucleo di norme vincolanti ai fini della protezione minima cui deve attenersi nel paese ospite il datore di lavoro che distacca un dipendente a svolgere un lavoro a carattere temporaneo nel territorio di uno Stato membro dove vengono prestati i servizi”¹⁸⁵.

Essa, nello statuire il c.d. nocciolo duro delle tutele od *hard core*, appare anomala rispetto alle altre Direttive comunitarie sia perché, nell'affrontare il problema di diritto internazionale privato consistente nella delineazione delle norme di conflitto, finisce per rientrare fra le fonti integrative delle disposizioni della Convenzione di Roma¹⁸⁶ sia poiché non può essere reputata uno strumento di *hard law* europeo per l'armonizzazione dei diritti nazionali.

La Direttiva, dovendo coniugare la tutela dei lavoratori con l'interstatalità della circolazione degli stessi, “*does not try to harmonize the rules of the Member States categorized as mandatory. It merely identifies those employment conditions which the guest undertaking must respect*”¹⁸⁷. Il riferimento alle norme imperative di protezione minima, vigenti nel paese ospite, rappresenta il principio cardine a cui detto coordinamento si ispira.

A fronte delle considerazioni sin ora espresse, si può sostenere che la regolazione del fenomeno della circolazione di lavoratori in ambito comunitario tracciata dalla Direttiva, muovendo dal modello *host state control*, tende a soddisfare esigenze di marca protezionistica dei paesi dell'UE.

Tale posizione non indica però che il legislatore dell'Unione intenda disattendere l'impostazione della giurisprudenza comunitaria, in quanto egli continua ad attenersi alla *ratio* secondo cui i principi della direttiva non debbono discostarsi ma aderire a quelli del Trattato.

In conclusione, la giurisprudenza della Corte ha aperto il dibattito circa l'opportunità di riformare la Direttiva sul distacco, alla luce delle insoddisfacenti, se non addirittura oscure, reazioni degli Stati membri in fase di trasposizione. Sono dunque in discussione sia le fonti di trasposizione della

¹⁸⁴ V. S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato*, cit., pp. 116-117.

¹⁸⁵ Cfr. G. ORLANDINI, *La disciplina comunitaria*, cit., p. 466.

¹⁸⁶ V. Cap. 1, Par. 3.

¹⁸⁷ Cfr. F. BANO, *Diritto del lavoro*, cit., p. 83; C. BARNARD, *Ec Employment Law*, cit., p. 288.

Direttiva¹⁸⁸, sia la Direttiva medesima, tornata sotto i riflettori a seguito delle recenti azioni spontanee di protesta, indette da lavoratori inglesi contro lavoratori italiani distaccati nell'ambito di una libera prestazione di servizi¹⁸⁹.

Quest'ultimo caso potrebbe assumere ulteriori valenze politiche ed istituzionali, se divenisse il simbolo di una contrapposizione fra istituzioni comunitarie, divise circa le misure da adottare per ottenere un più equilibrato rapporto fra libertà economiche e diritti sociali.

Non resta che cogliere, al momento, l'invito diplomaticamente rivolto agli Stati membri dalla Commissione, affinché si lavori sul piano interpretativo della Direttiva, piuttosto che sul piano assai più incerto della sua riforma¹⁹⁰.

2. Le tre ipotesi di distacco previste: raffronti con appalto di servizi, distacco nei gruppi di società e somministrazione di lavoro

Nel distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, secondo la definizione della fattispecie sancita dalla Direttiva, appaiono estremamente significativi due elementi che consistono, rispettivamente, nella prestazione di servizi¹⁹¹, considerata principale, e nel distacco¹⁹² che, realizzandosi nel quadro di quella prestazione, viene ritenuto strumentale ad essa.

La fattispecie, così configurata, nel formalizzare il nesso giuridico fra lavoro e servizi, non si limita ad un riferimento generico all'apporto lavorativo in una prestazione di servizi comunitaria, bensì lo qualifica come distacco, correlandolo ad una figura giuridica autonoma. La quale trova riscontro quando un'impresa, nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale, distacchi un lavoratore sul territorio di uno stato membro, continuando a mantenere in essere il rapporto di lavoro instaurato con lo stesso.

Tale collocazione del dipendente presso l'azienda straniera può essere

¹⁸⁸ Cfr. Commissione governativa svedese, presieduta da C. Strath, *Action in in response to the Laval judgment, Swedish government official reports*, sou 2008, p. 123, Stockholm 2008. Sul rapporto della commissione governativa danese Vedi R. NIELSEN, Denmark, in(a cura di) R. BLANPAIN, A. M. AWIATKOWSKI, *The Laval and Viking cases: freedom of services and establishment, Industrial Conflict in the european union*, in *Pull. Com. Labour Rel.*, 2009, p. 25 ss.

¹⁸⁹ Cfr. S. PIGNAL ed altri, *Prussels signals rethink on labour movement rules*, in *Financial Times*, 5 febbraio 2009.

¹⁹⁰ Cfr. S. SCIARRA, *Diritti collettivi e interessi transnazionali*, cit., p. 33.

¹⁹¹ Cfr. Capitolo 2, Par. 1.

¹⁹² Cfr. G. BALANDI, *La direttiva comunitaria*, cit., p. 46.

attuata in tre differenti modi, espressamente indicati dalle lettere a), b) e c) dell'art. 1, par 3, della direttiva *de qua*, modi che pare opportuno riepilogare.

La lettera a) di tale norma si riferisce alla situazione in cui l'impresa distacca un dipendente, «per conto proprio e sotto la propria direzione, nel territorio di uno stato membro, nell'ambito di un contratto concluso tra l'impresa che lo invia e il destinatario della prestazione di servizi che opera in tale Stato, purché durante il periodo di distacco esista un rapporto di lavoro tra il lavoratore e l'impresa che lo invia»¹⁹³.

La lettera b), invece, si riferisce alla situazione in cui l'impresa distacca «un lavoratore nel territorio di uno Stato membro, in uno stabilimento o in un'impresa appartenente al gruppo, purché durante il periodo di distacco esista un rapporto di lavoro tra il lavoratore e l'impresa che lo invia»¹⁹⁴. L'ipotesi rinvia al distacco quale materialmente si realizza fra imprese tra loro consociate o facenti capo ad una holding multinazionale¹⁹⁵.

La lettera c), infine, tratta dell'impresa di lavoro temporaneo o che svolga attività di cessione temporanea di lavoratori – nella versione inglese: «a temporary employment undertaking or placement agency», – la quale distacchi «un lavoratore presso un'impresa utilizzatrice avente la sede o un centro di attività nel territorio di uno Stato membro, purché durante il periodo di distacco esista un rapporto di lavoro fra il lavoratore e l'impresa di lavoro temporaneo o l'impresa che lo cede temporaneamente».

Nell'ordinamento nazionale queste tre ipotesi corrispondono, rispettivamente, all'appalto di servizi, al distacco nei gruppi d'impresa ed alla somministrazione di lavoro. La riconduzione di tali istituti, operata dal legislatore comunitario, al denominatore comune del distacco, genera alcune difficoltà tanto sul versante dell'armonizzazione dell'ordinamento transnazionale con quello interno, quanto sul piano ricostruttivo. La denominazione comune «distacco» potrebbe, infatti, spingere l'interprete a sovrapporre, in modo del tutto erroneo, la disciplina dell'ordinamento

¹⁹³ Cfr. *Il rapport du groupe d'Expert nationaux sur la transposition de la Directive concernant le detachement des travailleurs*, 1999, nella parte relativa alle osservazioni sull'art. 1.3 Lett. a della Direttiva 96/71/Ce.

¹⁹⁴ Cfr. art. 1.4 e 3.8, commi 3 e 4 della Direttiva 96/71/Ce; in dottrina v. tra gli altri R. GIESEN, *Posting: Social Protection*, cit., p. 144.

¹⁹⁵ V. M. MAGNANI, *Il diritto applicabile ai rapporti di lavoro internazionali tra legge e contratti collettivi*, in *QDLRI*, 1998, p. 89.

nazionale con quella dell'ordinamento comunitario.

Peraltro si segnala che esiste un'ulteriore ipotesi di distacco ravvisabile nell'art. 3 comma 2 TCE che fa riferimento ad una prestazione di servizi accessoria ad una prestazione di beni, consistente nell'iniziale assemblaggio od installazione di questi ultimi. In realtà la verifica in concreto della preminenza economica del bene sul servizio indurrebbe a non attuare la disciplina prevista per la prestazione di servizi ed a prediligere quella stabilita per la circolazione delle merci. Si tratta, dunque, di una forma di distacco anomala che rimane assoggettata alle disposizioni della Direttiva pur non rientrando nel suo art. 1 in quanto inquadrabile in una fornitura di beni¹⁹⁶.

Da un confronto fra la fattispecie delineata dalla Direttiva e quella tracciata dal diritto del lavoro nazionale appare chiaro che non emerge una nozione di distacco univoca e valida su entrambi i fronti¹⁹⁷.

3. Segue. *Elementi comuni e differenziali delle ipotesi*

Quali sono i tratti e le peculiarità comuni delle tre ipotesi contemplate dall'art. 1.3, che sono state raccolte sotto l'unica etichetta «distacco»?

Nell'art. 2 della Direttiva si rinvencono alcuni elementi convergenti, che sono strettamente legati alla definizione di lavoratore distaccato come colui che, "... per un periodo limitato, svolge il proprio lavoro nel territorio di uno stato membro diverso da quello nel cui territorio lavora abitualmente".

Da tale disposizione si trae, *in primis*, che la temporaneità è un requisito comune ai tre casi¹⁹⁸. In proposito occorre però segnalare che il distacco è strumentale alla libera prestazione di servizi che, a sua volta, si contraddistingue per il carattere temporaneo del suo esercizio. Ciò porta a sostenere che la durata massima del distacco debba essere accessoriamente dedotta da quella della prestazione di servizi, ancorchè possa accadere che il periodo per l'espletamento del servizio appaia più lungo rispetto al lasso

¹⁹⁶ Cfr. G. BALANDI, *La direttiva comunitaria*, cit., p. 47.

¹⁹⁷ Cfr. U. CARABELLI, *Una sfida determinante*, cit., p. 17; M. ESPOSITO, *Distacco dei lavoratori e prestazione di servizi: problematiche e prospettive di un contemperamento possibile*, in *DLM*, 2006, p. 573.

¹⁹⁸ Cfr. M. A. MOREAU, *Le détachement des travailleurs*, cit., p. 893.

temporale di effettivo distacco.

Si aggiunga inoltre che la temporaneità viene determinata in ragione dei criteri che la giurisprudenza comunitaria utilizza per l'individuazione dei limiti di durata dei servizi¹⁹⁹. Con la conseguenza che, una volta oltrepassati detti limiti, il raffronto non è più con una fattispecie di prestazione di servizi, ma con un esercizio del diritto di stabilimento, corredato della propria disciplina²⁰⁰.

Si ravvisa, in seconda istanza, che le condizioni di lavoro del soggetto distaccato, in tutte e tre le ipotesi su descritte a), b) e c), mutano non solo in quanto cambia il contesto abituale ove espleta le sue prestazioni ma soprattutto poiché si sposta in uno stato dell'Ue diverso da quello in cui si è venuto a costituire il rapporto di lavoro a cui si è vincolato.

A questo riguardo, è da precisare che nel distacco la *transnazionalità* deve essere intesa, a differenza di quanto avviene per la prestazione di servizi, ove ha un'accezione più ampia, quale spostamento fisico del lavoratore: pertanto alla transnazionalità del servizio non è detto che corrisponda quella della prestazione lavorativa.

In relazione al requisito della transnazionalità, una parte della dottrina ha riscontrato una divergenza tra le tre ipotesi di distacco: essa ha sottolineato, infatti, che mentre la lettera a) si riferisce ad una prestazione di servizi espletata all'estero direttamente dal soggetto distaccante nell'esecuzione di un contratto di prestazione di servizi transnazionale, le lettere b) e c) si riferiscono a una prestazione di servizi transnazionale costituita in sé dal distacco del lavoratore²⁰¹. Considerando che l'art. 1.1 allude ad un distacco "nel quadro di una prestazione di servizi transnazionale", l'ipotesi della lett. a) risulterebbe aderente a detta definizione; ma non altrettanto potrebbe dirsi per le altre due ipotesi, che potrebbero ritenersi assoggettate alla normativa della Direttiva solo se l'utilizzatore dei lavoratori distaccati fosse a sua volta impegnato in una prestazione di servizi transnazionale"²⁰².

In verità, tale orientamento non sembra condivisibile perché nelle lettere b)

¹⁹⁹ A questo proposito cfr. Capitolo 2, par. 1.

²⁰⁰ Cfr. R. FOGLIA, *Il distacco del lavoratore*, cit., p. 806.

²⁰¹ Cfr. U. CARABELLI, *Una sfida determinante*, cit., p. 13.

²⁰² Cfr. U. CARABELLI, *Una sfida determinante*, cit., p. 13.

e c) appare implicita l'allusione ad una prestazione di servizi: infatti i soggetti distaccanti non sono le imprese intese in via generale senza altra caratterizzazione, ma quelle, previste dal Paragrafo 1 del provvedimento in esame, che “nel quadro di una prestazione di servizi transnazionale distacchino lavoratori” all'estero.

Procedendo nell'analisi, può constatarsi che i tre casi di distacco, pur mostrando alcuni elementi comuni, sono per lo più caratterizzati da differenze significative.

La lettera a) dell'art. 1, prevedendo che il distacco del lavoratore si innesta su un contratto intercorrente fra il destinatario ed il prestatore di servizi, lascia intendere che il legislatore si sia voluto riferire agli appalti di servizi, che peraltro risultano, nei casi esaminati dalla giurisprudenza in materia, le fattispecie più ricorrenti.

Necessita aggiungere che il lavoratore presta la propria attività per “conto e sotto la direzione” dell'impresa appaltatrice. Dal punto di osservazione del diritto del lavoro italiano, “non parrebbe neppure configurarsi un “distacco” ma una semplice dislocazione del prestatore, nell'ambito dell'ordinaria prestazione di lavoro dipendente presso un “cliente” del datore di lavoro”²⁰³.

Muovendo ancora una volta dalla prospettiva del diritto del lavoro interno, la forma di distacco di cui alla lettera a) si allaccia alle problematiche afferenti alla delineazione dei confini dell'appalto genuino, ingenerando l'esigenza di dibattere sull'interposizione di manodopera in termini comunitari e non solo, come è avvenuto da molti decenni, in chiave nazionale. Più in particolare, anche l'Italia sente il dovere di confrontare con i differenti modelli giuridici stranieri di interposizione e o lavoro altrui le proprie categorie dogmatiche.

Per contro, il modello di distacco proposto dalla lettera b), considerato nelle sue linee cardine, appare per certi versi assimilabile, benché non coincidente, all'istituto del distacco regolato dal diritto del lavoro italiano. Più in specifico, nell'ambito dei gruppi d'impresa, il distacco può essere disposto per varie ragioni giustificative. Fra esse quella di usufruire del bagaglio di competenze maturate da una società appartenente al gruppo, che vale la pena indicare perché configura un'ipotesi quasi del tutto assimilabile a quella del diritto

²⁰³ Cfr. G. BALANDI, *La direttiva comunitaria*, cit., p. 46.

nazionale²⁰⁴.

Sempre sulla scorta dei dettami della lettera b), parte della dottrina sostiene che il distacco non può essere realizzato se non sussiste un legame di gruppo tra le imprese, a prescindere dal significato da attribuire al termine gruppo. Tale impostazione è da condividere solo in parte. Invero, l'applicazione della Direttiva può venir meno solo a condizione che intervengano irregolarità relative al contratto di prestazione di servizi, per cui l'assenza del legame di gruppo non pare sufficiente per privare i lavoratori distaccati della tutela della direttiva stessa.

Si ritiene ulteriormente importante, in materia di tutele, l'imposizione del mantenimento di uno stretto contatto con il distaccante anche nel caso di distacco interno al gruppo, in modo da evitare l'eventuale costituzione di un nuovo rapporto di lavoro con la consociata estera che, determinando una frammentazione, potrebbe danneggiare gli interessi del lavoratore in maniera rilevante.

Ancora diversa rispetto alle precedenti appare la forma di distacco sancita dalla lettera c) dell'art. 1 che disciplina i casi in cui le imprese di lavoro temporaneo erogano servizi nell'ambito del mercato comunitario. La stessa disposizione, invero, regola anche le situazioni, se pur del tutto residuali, in cui le imprese operano la mera cessione temporanea di lavoratori: dette situazioni vengono fatte ricadere nell'alveo regolativo della lettera c), al fine di ovviare a probabili difficoltà che la natura giuridica di questo tipo di cessione potrebbe determinare²⁰⁵.

Del resto, il terzo tipo succitato di distacco si realizza mediante le imprese specializzate nel lavoro temporaneo che, nel panorama giuridico italiano, corrispondono, a stregua del D. Lgs. 276/2003, alle agenzie di somministrazione di lavoro: queste ultime, infatti, rappresentano l'unica modalità legittima tramite cui il diritto del lavoro interno consente la cessione di lavoratori.

Di primo acchito, si rileva una fondamentale divergenza fra il modello della lettera c) e quello di cui alla lettera a): tale differenza si basa non solo sulla

²⁰⁴ Cfr. B. FOQUET, B. LACAUX, *Le politiche di mobilità nelle imprese transnazionali*, in *LD*, 2005, p. 475.

²⁰⁵ Cfr. M. A. MOREAU, *Le détachement des travailleurs*, cit., p. 895.

titolarità dell'interesse al distacco ma anche sull'esercizio del potere direttivo, requisiti che, mentre nell'ambito dell'appalto riguardano l'impresa distaccante, nel contesto del lavoro temporaneo paiono da riferire all'impresa utilizzatrice, conformemente a quanto avviene nella prassi.

A tal riguardo, ponendosi dal punto di osservazione del diritto del lavoro italiano, non si può evitare di riscontrare una certa corrispondenza, benché i fini rimangano distinti, fra i criteri per la differenziazione della somministrazione di lavoro dall'appalto indicati dall'art. 29 del D. Lgs. 276/2003 e quelli stabiliti in materia dalla Direttiva.

Si deve inoltre rammentare che, in virtù dei dettami dell'art. 1.3, la fattispecie si realizza nel corso del rapporto intercorrente fra impresa fornitrice e dipendente. Invero il rapporto di lavoro deve instaurarsi antecedentemente al distacco poiché, sulla scorta della sua stessa definizione, il lavoratore distaccato deve operare abitualmente sul territorio del paese di origine; per cui nel momento in cui stipula il contratto con il proprio datore di lavoro non potrebbe essere dislocato presso un'altra impresa.

Tale impostazione non sembra del tutto condivisibile, soprattutto con riguardo alla lettera c), ovvero al lavoro temporaneo, poiché, anche secondo le risultanze dell'esperienza comparata, confligge con la logica sottesa all'istituto. L'assunzione deve infatti avvenire in concomitanza con il distacco e la sua durata non può che essere eguale a quella della missione per cui è stato disposto. Vale la pena sottolineare ulteriormente che “il prezzo di una interpretazione letterale dell'(infelice) espressione adottata dal legislatore comunitario sarebbe, paradossalmente, non certo l'impossibilità di inviare all'estero tali lavoratori, ma la loro sottrazione al sistema di tutele fissate dalla Direttiva stessa”²⁰⁶.

Si ritiene, peraltro, che il carattere dell'abitudine non debba essere trascurato²⁰⁷ giacché può risultare lo strumento per arginare il fenomeno commerciale di impiegare la libera prestazione di servizi, benché in assenza di collegamento con il paese d'origine²⁰⁸, quale mezzo per accedere al mercato

²⁰⁶ Cfr. U. CARABELLI, *Una sfida determinante*, cit., p. 17.

²⁰⁷ La sua trasposizione in Italia è prevista dall'art. 2 del D. Lgs. n. 72/2000, mentre in Francia dal nuovo Articolo L. 342-2 del Code du Travail.

²⁰⁸ V. Capitolo 2, Par. 5.

dello stato ospite²⁰⁹. Secondo un consolidato orientamento dottrinale, la formula per cui il servizio fa da cornice al rapporto di lavoro si traduce, nei fatti, in un rapporto commerciale fra imprese²¹⁰.

Tale soluzione interpretativa, che individua nelle sole imprese il destinatario della prestazione, si ispira all'art. 3.1 della Direttiva il quale, nell'inquadrare le condizioni di lavoro, si riferisce a quelle imprese contemplate dall'art. 1 paragrafo 1, che debbono assicurare al soggetto distaccato sul loro territorio le predette condizioni.

Benché debba riconoscersi la puntualità del riscontro appena illustrato, la scelta compiuta dalla Direttiva suscita non pochi dubbi. Muovendo dal testo della medesima, si può rilevare, infatti, una evidente difformità fra la Lettera A dell'art. 1.3 in cui si rinviene la locuzione “destinatario della prestazione di servizi” e le lettere b) e c) della stessa norma, che utilizzano, invece, il termine impresa.

Nel provvedimento in questione, inoltre, oltre alla preannunciata divergenza sul piano del dato letterale, si ravvisa anche un'incoerenza sistematica, determinata dal fatto che l'art. 49 TCE ss. lascia intendere, come già sottolineato, che anche soggetti non imprenditori possano essere i destinatari dei servizi. Sulla scorta di tale indirizzo, risulta possibile realizzare un distacco per la fornitura di servizi ad un soggetto non imprenditore *ex* art. 1.3 C, quale ad esempio un'associazione anche no profit²¹¹, cosa che, diversamente, non sarebbe potuta avvenire.

Necessita infine considerare, che l'analisi delle tre ipotesi di distacco disciplinate dalla Direttiva rivela chiaramente che esse risultano in un rapporto di specie a genere rispetto alle prestazioni di servizi comunitarie, esaminate ampiamente nel precedente capitolo.

²⁰⁹ Cfr. J. LHERNOULD, *La loi 2 août 2005 et le détachement transnational de travailleurs. Le plombier polonais est-il mort ?*, in *DS*, 2005, p. 1196.

²¹⁰ Cfr. P. DAVIES, *Posted Workers*, cit., p. 576.

²¹¹ Cfr. M.A. MOREAU, *La notion d'entreprise en droit social communautaire*, in *DS*.

4. Il nocciolo duro (hard core) della protezione: quanto incide la contrattazione collettiva?

La Direttiva costituisce, al pari di un tipico strumento di diritto internazionale privato, il mezzo per inquadrare la legge applicabile ad alcune materie relative alle condizioni di lavoro del soggetto distaccato. Essa tende ad affermare la logica per cui le norme del paese ove viene erogata la prestazione di servizi debbono prevalere su quelle, talvolta differenti, che regolano il contratto intercorrente tra l'impresa ed il lavoratore distaccato in armonia con l'ordinamento del paese d'origine o di un altro ordinamento statale.

Il legislatore comunitario ha inserito nel provvedimento de quo non solo un richiamo, come appena precisato, alle norme del luogo in cui viene effettuata la prestazione, ma si è preoccupato di segnalare, nel testo del medesimo, le fonti interne ossia leggi, regolamenti, fonti amministrative, contratti collettivi ed arbitrati ex art. 3.1 comma 1 che debbono essere impiegate al fine di stabilire, nelle materie menzionate in incipit, gli standard di protezione da garantire al lavoratore distaccato.

Giacché si tratta di delineare un nucleo duro di norme per la salvaguardia delle condizioni di lavoro del prestatore, si reputa assai ragionevole il rinvio alla contrattazione collettiva che può fornire, in tal caso, un apporto estremamente efficace.

Tuttavia, la sussistenza di modelli statuali di contratto collettivo tra loro diversi rende notevolmente difficile l'enucleazione, fra le fonti che disciplinano il distacco, del contratto collettivo stesso. Si comprende infatti perfettamente che non risulta sufficiente richiamarlo in modo generico poiché, a fronte di quanto appena sostenuto, bisognerebbe indicare con esattezza il modello negoziale a cui ci si riferisce.

Sul punto adduce un certo rilievo anche l'art. 3.8 il quale, nell'integrare il rinvio del primo paragrafo, precisa che "per contratti collettivi o arbitrati, dichiarati di applicazione generale, si intendono quelli che devono essere rispettati da tutte le imprese situate nell'ambito di applicazione territoriale e nella categoria professionale o industriale interessate"²¹².

²¹² Cfr. U. CARABELLI, op. ult. cit., p. 34.

Detta puntualizzazione, però, non appare così utile o risolutiva in paesi come l'Italia ove, nonostante vari tentativi, non si è riusciti a dar attuazione alla seconda parte dell'art. 39 della Costituzione che, se applicato, avrebbe garantito ai contratti collettivi efficacia *erga omnes* senza l'esigenza, come accade attualmente, di estensioni interpretative su scala nazionale fondate su meccanismi legislativi e giurisprudenziali.

In virtù di tale considerazione, si è provveduto ad apportare alcune modifiche, volte a consentire la gestione dei differenti modelli nazionali di contrattazione collettiva, alla prima proposta di Direttiva, modifiche che sono consistite nell'ampliare la previsione inerente all'efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi²¹³. Cosicché il legislatore comunitario individua meccanismi di estensione dell'efficacia dei contratti collettivi, per cui gli stati membri che non dispongono di una contrattazione di applicazione generale, ma intendono impiegare gli strumenti offerti dall'art. 3.8 - fra i quali la Svezia, l'Italia, la Danimarca - avrebbero dovuto dichiarare espressamente tale intenzione negli atti di recepimento della Direttiva 96/71.220²¹⁴.

Posto che una tale precisazione non appare in alcun atto di recepimento, i paesi dell'Ue in cui non sono presenti contratti collettivi con efficacia *erga omnes* dovrebbero assicurare ai soggetti distaccati nel loro territorio le condizioni di lavoro e di occupazione stabilite dalla legge interna non potendo garantire quelle sancite dai contratti collettivi.

Tuttavia detta posizione non sembra che possa impedire, nelle succitate ipotesi, l'estensione in via negoziale, eventualmente anche mediante forme di conflitto collettivo, dell'efficacia dei contratti collettivi anche alle imprese di servizi stranieri. A titolo esemplificativo, si consideri il sistema svedese in cui i contratti collettivi sono di diritto comune e l'assenza di strumenti tesi ad

²¹³ L'art. 3.8, infatti, afferma: "In mancanza di un sistema di dichiarazione di applicazione generale di contratti collettivi o di arbitrati di cui al primo comma, gli Stati membri possono, se così decidono, avvalersi: i) dei contratti collettivi o arbitrati che sono in genere applicabili a tutte le imprese simili nell'ambito di applicazione territoriale e nella categoria professionale o industriale interessate e/o ii) dei contratti collettivi conclusi dalle organizzazioni delle parti sociali più rappresentative sul piano nazionale e che sono applicati in tutto il territorio nazionale, a condizione che la loro applicazione alle imprese di cui all'articolo 1, paragrafo 1 assicuri la parità di trattamento quanto alle materie di cui al paragrafo 1, primo comma del presente articolo, fra tali imprese e le altre imprese di cui al presente comma che si trovano in una situazione analoga". Cfr. per l'Italia art. 3, comma primo, del D. Lgs. 72/2000

²¹⁴ Cfr. Commissione Ce, *L'applicazione della direttiva 96/71/Ce*, cit., p. 12.

estenderne l'efficacia non viene percepita come una lacuna poiché tali contratti, riuscendo a garantire un elevato tasso di copertura, permettono di salvaguardare, in modo assai soddisfacente, gli interessi dei lavoratori, .

Più in specifico si rileva che in questo contesto territoriale le retribuzioni risultano particolarmente tutelate benché la normativa svedese non si pronunci sui minimi retributivi da garantire al lavoratore distaccato e sia da sempre la contrattazione collettiva ad occuparsi di dettarne la regolazione.

Proprio in una nota e significativa controversia comunitaria, la decisione *Laval*, è emersa la questione appena illustrata: in relazione ad essa, l'Avvocato Generale ha espresso parere favorevole, non sussistendo impedimenti legati all'art. 49 TCE o alla Direttiva, sulla possibilità per i sindacati svedesi di porre in essere azioni collettive volte a convincere un imprenditore straniero a sottoscrivere le condizioni inerenti agli standard salariali che vengono fissati in armonia con quelli di un contratto collettivo applicabile ad imprese nazionali del suo stesso settore e stipulato entro i confini di uno stato membro ove sono distaccati temporaneamente lavoratori provenienti da un altro paese dell'Ue²¹⁵.

Nonostante casi di questo genere possano generare incertezze afferenti al diritto applicabile²¹⁶ ed, ergo, disincentivare la circolazione dei servizi, non sembra ipotizzabile una soluzione differente da quella che la giurisprudenza ha elaborato e proposto. Del resto, posto che le imprese svedesi non sono assoggettate automaticamente al regime della contrattazione collettiva²¹⁷, la decisione di attribuire ai contratti collettivi efficacia erga omnes nei soli confronti dei prestatori di servizi stranieri i quali distacchino personale sul territorio del paese ospitante, causerebbe una discriminazione basata sulla cittadinanza.

A quanto consta, il legislatore comunitario ha operato con particolare cura nell'individuazione e nella segnalazione dei contratti collettivi, che costituiscono fonti giuridiche per la Direttiva, in quanto, evidentemente, si è

²¹⁵ Cfr. Conclusioni A.G. C-341/05, punto 308.

²¹⁶ Cfr. Commissione Ce, *Commission's services report on the implementation of Directive 96/71/EC concerning the posting workers in the framework of the provision of services*, SEC (2006) 439, Bruxelles, 4.04.2006 con particolare attenzione al Punto 19 ove la Commissione sostiene che, nei casi come *Laval*, "illustrate of legal certainty or the undertakings established in other member state can be impaired by the implementation of the Directive on this point being left to a system which cannot be predicted in advance since it is the result of negotiations between the social partners".

²¹⁷ Cfr. CGCE, 24 gennaio 2002, C-164/99, Portugaia Construcoes , Punti 31-35.

reso conto della rilevanza che tali contratti assumono nella determinazione dell'Hard Core, ovvero del nucleo di norme protettive dettate, in alcune materie, a tutela del lavoratore distaccato²¹⁸.

In forza dell'art. 3.1 del provvedimento comunitario de quo, tuttavia, i contratti collettivi dello stato ospite, purché vertano sulle attività menzionate in un suo allegato²¹⁹, possono abbinarsi o sostituirsi alla legge. Da ciò si trae che l'enucleazione di questi ultimi tra le fonti è limitata alle "attività del settore edilizio riguardanti la realizzazione, il riadattamento, la manutenzione, la modifica o l'eliminazione di edifici"²²⁰.

In ragione del fatto che l'edilizia rappresenta, anche a fronte della casistica giurisprudenziale, l'ambito in cui la libera prestazione di servizi risulta più diffusa, l'assegnazione alla contrattazione collettiva del ruolo di fonte giuridica per la fissazione parziale o totale del nocciolo duro²²¹ a salvaguardia del lavoratore distaccato, adduce, in questo settore, notevole rilevanza.

Ma la considerazione per cui la Direttiva si attua, a parte qualche ipotesi, in quasi tutti i settori produttivi, ha indotto a pensare, soprattutto nel periodo immediatamente successivo alla sua emanazione, che la contrattazione collettiva non svolga una funzione così incisiva nella statuizione delle tutele per i soggetti distaccati.

La dottrina, in una prima analisi del provvedimento comunitario, ha spiegato tale pensiero come "*a sort of trade-off between greater flexibility over the types of collective agreements to be used as sources of labour standards and a narrowing of the occupational area over which the Member States are obliged to enforce labour standards contained in collective agreements*"²²². Aggiungendo peraltro che "*in terms of what Members States are permitted by the Directive to do, the role of collective agreements is very much larger*"²²³.

In realtà, a più di un decennio dalla promulgazione della Direttiva, si è constatato che, in forza della logica sottesa al modello di *host state control*, l'incidenza della contrattazione collettiva è aumentata fortemente rispetto al

²¹⁸ Cfr. P. DAVIES, *Posted Workers*, cit., p. 581.

²¹⁹ Cfr. Allegato della Direttiva 96/71/Ce.

²²⁰ Cfr. Allegato alla Direttiva 96/71/Ce.

²²¹ Cfr. Considerando 13 e 14 della Direttiva 96/71/Ce, cit.

²²² V. P. DAVIES, *Posted Workers*, cit., p. 581.

²²³ V. ancora P. DAVIES, *Posted Workers*, cit., p. 581.

passato, quando, in ragione della sua settorialità, veniva ritenuta residuale.

Con riferimento al nocciolo duro o *hard core* su cui ci si è poc'anzi soffermati, occorre tuttavia qualche ulteriore puntualizzazione. Per prima cosa, se sussistono le condizioni di deroga settoriale, previste dall'art. 3.2, alla disciplina del provvedimento in esame, le imprese di servizi straniere non sono costrette ad assicurare ai propri lavoratori distaccati i livelli di protezione stabiliti dallo stato ospite in materia di durata minima delle ferie annuali e di tariffe minime salariali.

Le deroghe consistono nella presenza di “lavori di assemblaggio iniziale e/o di prima installazione di un bene, previsti in un contratto di fornitura di beni, indispensabili per mettere in funzione il bene fornito», nel fatto che tali lavori siano “eseguiti dai lavoratori qualificati e/o specializzati dell'impresa di fornitura» e nella previsione che «la durata del distacco non sia superiore ad otto giorni”²²⁴.

E' da precisarsi che, se le dette condizioni derogatorie ricorrono nel settore dell'edilizia ed, in particolare, nelle materie contemplate dall'allegato su citato²²⁵, si deve comunque dare applicazione al regime generale sancito dalla Direttiva. Tale ultima determinazione non è di poco conto in quanto evidenzia il ruolo autonomo che nelle disposizioni stabilite dal provvedimento comunitario adduce il settore dell'edilizia.

Ma queste non si rivelano le uniche deroghe alle norme protettive del nocciolo duro: infatti l'art. 3.10 della Direttiva attribuisce allo stato il potere di imporre “alle imprese nazionali e a quelle di altri Stati, in pari misura», delle «condizioni di lavoro e di occupazione riguardanti materie diverse da quelle contemplate» nel nocciolo duro, «laddove si tratti di disposizioni di ordine pubblico».

Alla luce di tale disposizione, sembrerebbe che il provvedimento tenda a conferire al legislatore nazionale una discrezionalità nella fortificazione del modello *host state control* talmente considerevole da consentirgli di allargare notevolmente il nucleo minimo di norme vincolanti.

Con riguardo a quest'ultima posizione²²⁶, non bisogna dimenticare, però,

²²⁴ Cfr. Commissione Ce, *L'applicazione della Direttiva 96/71/Ce*, cit., p. 9.

²²⁵ Cfr. Allegato della Direttiva 96/71/Ce, cit.

²²⁶ Cfr. S. BORELLI, *Un possibile equilibrio*, cit., p. 127.

un'indicazione essenziale ricavabile dall'art. 3.10, consistente nel fatto che il rafforzamento del sistema di host state control può avvenire mediante l'impiego di disposizioni lavoristiche estranee al nocciolo duro, unicamente se dette norme sono giustificate da motivi di ordine pubblico.

Quest'ultimo concetto, rappresentando una giustificazione per l'appunto della deroga al principio di libera prestazione di servizi, viene interpretato, nell'ambito dell'Ue, in senso restrittivo, in modo da evitare che uno stato membro, in assenza di controllo delle istituzioni dell'Ue, possa stabilire unilateralmente la sua portata. Da ciò deriva che esso, anche secondo il *puto* di osservazione della Corte di Giustizia, può essere richiamato nelle sole circostanze in cui si ravvisi una fattiva e particolarmente grave minaccia per un interesse collettivo fondamentale e può contemplare situazioni connesse al benessere degli animali, alla tutela dei minori o degli adulti vulnerabili ed alla dignità della persona²²⁷.

Alla stregua delle affermazioni esternate dalla Commissione e dal Consiglio al momento dell'adozione della Direttiva, l'espressione disposizioni di ordine pubblico “abbraccia le disposizioni vincolanti cui non si può derogare e che, per la loro natura ed il loro obiettivo, rispondono alle esigenze imperative dell'interesse pubblico. Dette disposizioni possono comprendere, in particolare, il divieto del lavoro forzato o il coinvolgimento di autorità pubbliche nella sorveglianza del rispetto della legislazione concernente le condizioni di lavoro”²²⁸.

Le circostanze che giustificano il richiamo all'ordine pubblico non risultano omogenee ma possono cambiare in ragione del paese di riferimento e del periodo storico. Ne risulta l'opportunità di concedere agli stati nazionali, sempre entro i confini delineati dal Trattato dell'Ue, un qualche margine di discrezionalità.

²²⁷ Cfr. Considerando 41 della Direttiva 2006/123/Ce.

²²⁸ Cfr. Commissione Ce, *L'applicazione della Direttiva 96/71/Ce*, cit., p. 14.

5. L'attuazione italiana (D. Lgs. 72/2000) e le discordanze dalla Direttiva.

Ritenuto un mero strumento di trasposizione tecnica delle disposizioni della Direttiva comunitaria, il D. Lgs. 23 febbraio 2000 n. 72 non ha ricevuto particolare attenzione da parte della dottrina. Si è sottovalutato che invece il decreto di attuazione appena citato contiene previsioni divergenti ed integrative rispetto a quelle del provvedimento d'origine, delle cui norme, di conseguenza, non rappresenta una semplice trascrizione.

Rispetto a quanto stabilito nella Direttiva, la disposizione del decreto maggiormente difforme si rivela quella dell'art. 3, 1° comma. In essa il legislatore italiano ha sancito che ai lavoratori distaccati si applichino «le medesime condizioni di lavoro previste da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, nonché dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative a livello nazionale, applicabili ai lavoratori che effettuano prestazioni lavorative subordinate analoghe nel luogo di lavoro in cui i lavoratori distaccati svolgono la propria attività in posizione di distacco».

Prevedendo un principio di parità di trattamento teso ad estendere l'intero diritto del lavoro interno a tutti i lavoratori distaccati sul territorio italiano²²⁹ una siffatta norma non può essere considerata coerente con il diritto dell'Ue²³⁰.

Lo stato italiano ha insomma adottato integralmente il modello di *host state control*, dimostrando di non curarsi dei limiti a cui detto modello regolativo risulta assoggettato. Infatti, il paese ospitante può stabilire in forza dell'art. 3.1 di estendere ai lavoratori distaccati norme interne di tutela ulteriori rispetto a quelle del nocciolo duro, a patto che si tratti ex art. 3.10 di disposizioni di ordine pubblico.

A questo punto, appare chiaro che il legislatore italiano, con la previsione dell'art. 3, 1° comma D. Lgs. 72/2000, abbia di gran lunga oltrepassato i limiti poc'anzi segnalati. Infatti «la direttiva non permette assolutamente agli Stati di estendere ai lavoratori distaccati nel loro territorio tutte le loro disposizioni

²²⁹ Un'eccezione è prevista dall'art. 3, comma 2, del D. Lgs. 72/2000.

²³⁰ Cfr. S. GIUBBONI, G. ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea*, Bologna, p. 132.

legislative e/o i contratti collettivi che disciplinano le condizioni di lavoro”²³¹.

Né è plausibile estendere la suddetta normativa nazionale ai soggetti distaccati, mediante la deroga di cui all’art. 3.10 della Direttiva: essendo da interpretare in senso restrittivo la nozione di ordine pubblico, non possono essere considerate di tale natura tutte le norme imperative del diritto del lavoro italiano²³². Anche l’Italia, pertanto, deve sentirsi destinataria del messaggio, o meglio, del monito che la Commissione Europea ha espresso a questo riguardo affermando che “gli Stati membri la cui legge di recepimento impone alle imprese straniere l’osservanza dell’intero diritto del lavoro del paese ospitante durante il periodo di distacco oltrepassano chiaramente il contenuto definito dalla legislazione comunitaria”²³³.

Una prova che avvalorava l’ammonimento della Commissione all’Italia a causa della difformità del Decreto attuativo rispetto alla normativa dell’Ue ed, ergo, della Direttiva si rinviene in una pronuncia sul punto del TAR di Bolzano²³⁴, ove è stato sostenuto che il legislatore nazionale ha operato in conflitto con il principio di libera prestazione di servizi ex art. 49 del TCE, svuotandolo di significato, in quanto ha dichiarato applicabile ai lavoratori distaccati la disciplina del diritto del lavoro interno nel suo complesso²³⁵. Sulla scorta del principio del primato del diritto dell’Ue, il giudice in esame si è avvalso del potere di disapplicare l’art. 3 del D. Lgs. 72/2000, in quanto contrastante con la Direttiva, provvedimento ad efficacia verticale²³⁶.

Del resto, si ritiene di non poter giustificare in base all’art. 3.7 del Decreto l’impostazione adottata dal legislatore italiano. Tale norma sancisce il principio di favor²³⁷ affermando che «I paragrafi da 1 a 6 non ostano alla applicazione di

²³¹ Cfr. Commissione Ce, *L’applicazione della Direttiva 96/71/Ce*, cit., p. 11.

²³² Si segnala un caso simile a quello italiano nella legislazione lussemburghese: a tal riguardo v. le conclusioni dell’A.G., in C-319/06, Commissione c. Gran Ducato di Lussemburgo, punti 40 ss.

²³³ Cfr. Commissione Ce, *L’applicazione della Direttiva 96/71/Ce*, cit., p. 14.

²³⁴ Cfr. T.R.G.A., Trentino-Alto Adige, Sez. Autonoma di Bolzano, 19 aprile 2005, n. 140, in *Mass. Giur. Lav.*, 2005, p. 658.

²³⁵ In dottrina v., tra gli altri, S. NADALET, *L’attuazione della Direttiva 96/71 sul distacco*, in *LD*, 2008, p. 37.

²³⁶ L’efficacia orizzontale della Direttiva è da escludersi totalmente in virtù della consolidata posizione della giurisprudenza dell’Ue; sul punto si vedano le conclusioni dell’A.G. Mengozzi, nel caso *Laval*, punti 123 ss.

²³⁷ Per una posizione diversa v. S. MARETTI, *Il recepimento della direttiva Cee sul distacco dei lavoratori*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2000, p. 1156.

condizioni di lavoro e di occupazione che siano più favorevoli ai lavoratori»²³⁸.

Se si evita di isolare tale articolo dal contesto di riferimento e si opta, invece, per un criterio di coerenza e sistematicità dei principi che informano la disciplina del distacco, si addivene alla conclusione che l'eventuale favor va circoscritto alle sole materie appartenenti al nocciolo duro ex art. 3.1, ovvero alle condizioni in base alle quali una norma nazionale, obbiettivamente restrittiva, è in grado di superare il test giurisprudenziale di legittimità, comprendendo tra le condizioni di legittimità anche l'eccezione costituita dall'ordine pubblico ex art. 3.10.245²³⁹.

Alla stregua di questa interpretazione, si ridimensiona di molto la potenziale portata precettiva dell'art. 3.7. In primis. Infatti, esso, non può costituire lo strumento per l'effettiva parificazione del trattamento economico e normativo tra lavoratori distaccati e lavoratori locali. In secondo luogo, il principio del favor, richiamato nell'articolo in parola, benché possa legittimare un innalzamento oltre i minimi delle tutele applicabili ai lavoratori distaccati secondo il diritto dello Stato ospite, non consente affatto una mera estensione della legislazione lavoristica nazionale. L'esito, infatti, sarebbe il radicale stravolgimento, cosa che è accaduta in Italia, delle finalità perseguite dalla Direttiva con base giuridica nell'art. 49 TCE²⁴⁰.

In virtù di ciò, si comprende perfettamente la ratio per cui tale disposizione non può essere richiamata, come preannunciato, a difesa delle scelte del legislatore nazionale: esso, infatti, mediante il generico rinvio alla complessiva disciplina del diritto del lavoro interno, non ha mirato a perseguire il fine di assicurare, in coerenza con la norma de qua, un trattamento migliore per i soggetti distaccati, ma ha, invece, provveduto erroneamente a rendere legittima la parità di trattamento, che spesso ostacola la libera prestazione di servizi, tra questi ultimi ed i lavoratori italiani.

Ma l'art. 3.1 del decreto manifesta un ulteriore vizio di illegittimità, consistente nel fatto che la previsione della garanzia di eguali condizioni di

²³⁸ Il considerando 17 della Direttiva precisa che «Le norme imperative di protezione minima in vigore nel paese ospite non devono ostacolare l'applicazione di condizioni di lavoro e di occupazione che siano più favorevoli ai lavoratori?».

²³⁹ Cfr. S. NADALET, *L'attuazione della Direttiva*, cit., p. 39.

²⁴⁰ Per un'interpretazione più elastica dell'art. 3.7 della Direttiva 96/71/Ce, v. le conclusioni generali dell'A.G. nella C-346/06, *Rufert c. Land Niedersachsen*)

lavoro per i lavoratori interni e stranieri è riferita anche ai contenuti dei contratti collettivi applicabili sebbene il legislatore non abbia in alcun modo stabilito un'analogia imposizione, se non in materia di retribuzione minima, per le imprese nazionali²⁴¹.

Il decreto attuativo, peraltro, mostra un evidente profilo di illegittimità sul piano formale, in quanto, non operando alcun rinvio all'opzione contemplata dal secondo comma dell'art. 3.8 della Direttiva, porrebbe lo stato italiano nella condizione di non poter pretendere dalle imprese straniere che distacchino dipendenti sul suo territorio il rispetto dei contratti collettivi stipulati in ambito nazionale. Pertanto, anche alla stregua delle dichiarazioni espresse in materia dalla Commissione europea, l'Italia, il cui decreto di attuazione della Direttiva non contempla il richiamo al secondo comma dell'articolo su citato, potrebbe imporre, alle imprese straniere distaccanti, l'osservanza delle sole condizioni di lavoro e di occupazione definite dalle disposizioni legislative interne ai propri confini²⁴².

Ma la criticità formale che così emerge si accompagna ad un ulteriore problema di carattere sostanziale. L'estensione dei contratti collettivi italiani finisce con il trasformare l'art. 3.1 del D. Lgs. 72/2000, come già precisato nel paragrafo precedente, in una discriminazione fondata sulla nazionalità, rischiando così di creare maggiori difficoltà e più oneri per gli imprenditori stranieri che intendano erogare servizi, almeno nel settore privato, sul territorio nazionale²⁴³.

Alla stregua di tale considerazione, non pare del tutto condivisibile la tesi secondo cui sarebbe congruente, con il diritto dell'Ue, la legislazione nazionale che obbliga gli appaltatori ed i subappaltatori ad elargire ai lavoratori distaccati, sulla scorta del già illustrato principio del favor o della protezione nazionale rinforzata *ex art. 3.7 della Direttiva*, un salario minimo coincidente con il trattamento retributivo fissato da un contratto collettivo privo di efficacia *erga omnes*.

Il decreto di recepimento individua nel contratto collettivo nazionale il

²⁴¹ Cfr. S. GIUBBONI, G. ORLANDINI, *La libera circolazione*, cit., p. 133.

²⁴² Cfr. Commissione Ce, *L'applicazione della Direttiva 96/71/Ce*, Cit., p. 12.

²⁴³ Cfr. S. GIUBBONI, G. ORLANDINI, *La libera circolazione*, cit., p. 133.

contesto ove trovare il parametro di riferimento per la regolazione dei rapporti di lavoro dei soggetti distaccati, dovendo escludere a priori, in ragione di quanto detto sopra, che i datori stranieri vi aderiscano.

A parere di parte della dottrina, il D. Lgs. 72/2000 appartiene all'insieme di quelle disposizioni che esprimono "una valutazione di idoneità da parte della contrattazione collettiva ad assolvere alla funzione di determinare le condizioni economiche e normative del rapporto di lavoro, *ex se* e nell'intero ambito di riferimento, prescindendo dall'esistenza di un potere di rappresentanza delle parti stipulanti o di altri meccanismi negoziali di vincolo nei confronti dei singoli datori di lavoro e lavoratori"²⁴⁴. Questo è il motivo per cui un'eventuale interpretazione conforme al diritto comunitario dell'art. 3, 1° comma, per la quale il termine condizioni di lavoro fosse riferito alle materie del nocciolo duro o di ordine pubblico, consentirebbe di evincere dai contratti collettivi i trattamenti di miglior favore afferenti alle stesse materie o a quelle di ordine pubblico²⁴⁵.

Tuttavia, ciò non risolve la questione di un intervento dell'autonomia negoziale sul tema specifico del trattamento dei lavoratori coinvolti in un appalto transnazionale. Il principio della volontarietà contrattuale, infatti, sembra poter preservare dal diritto comunitario un accordo collettivo negoziato e stipulato da un'impresa straniera con un sindacato italiano, ad esempio per regolare i rapporti dei lavoratori distaccati presso una filiale italiana.

Più incerta appare la sorte delle clausole sociali che, senza alcuna attività negoziale da parte dell'impresa straniera, vengono introdotte nei contratti collettivi italiani, al fine di obbligare le imprese appaltatrici ad applicare in toto un contratto collettivo italiano. Una clausola generica, che non riguardasse espressamente gli appalti realizzati da imprese di un altro stato membro, obbligherebbe il giudice nazionale ad interpretare la volontà delle parti come non riferita a queste ultime²⁴⁶.

Una clausola diretta specificamente ad applicare un contratto collettivo

²⁴⁴ Cfr. S. NADALET, *L'attuazione della Direttiva*, cit., p. 51.

²⁴⁵ Cfr. U. CARABELLI, *Una sfida determinante*, cit., p. 48.

²⁴⁶ Cfr. Cass. 1 luglio 2002, n. 9538, in *Arg. Dir. Lav.*, 2002, p. 925.

italiano ad imprese di altri stati membri, invece, rischierebbe di essere considerata nulla, in quanto contraria alla disposizione interna dell'art. 3, comma primo del decreto, interpretata conformemente al diritto dell'Ue²⁴⁷.

E' inoltre da sottolineare che il requisito della temporaneità non pone limiti di durata oltre la quale il distacco deve essere contenuto. Ma il legame sistematico con la Convenzione di Roma potrebbe spingere l'interprete ad adeguare la nozione di temporaneità prevista dall'art. 1, comma primo, del D. Lgs. 72/2000 a quella tratta, in sede di attuazione della succitata Convenzione, dalle vicende di diritto internazionale privato. In tal caso, si tratterebbe di una nozione di temporaneità oltre i cui limiti, secondo i dettami dell'art. 6 della Convenzione, il luogo abituale di svolgimento della prestazione diverrebbe il paese di destinazione e non più quello d'origine.

Infine, occorre osservare che il Decreto attuativo, al pari di quello francese, ha dato un raggio di applicazione universale alla disciplina della Direttiva, nel senso che ha esteso *ex art.* 1, 3° comma, la propria operatività anche ai distacchi nell'ambito di una prestazione di servizi, realizzata da imprese extracomunitarie.

6. La disciplina del distacco nell'art. 30, D. Lgs. 276/2003

Nel contesto della cd. Riforma Biagi, l'art. 30 del D. Lgs. 276 del 2003 ha dettato per la prima volta una disciplina di carattere generale del distacco, codificandolo quale modalità di lecita esternalizzazione di lavoratori.

La disciplina generale, che sottende una figura parimenti generale di distacco, non determina il venir meno delle fattispecie speciali, in quanto anche in passato normative speciali finalizzate a regolare situazioni particolari, non sono risultate incompatibile con la presenza di una disciplina di natura generale²⁴⁸. La norma dell'art. 30 trae origine dalla ricostruzione dell'istituto che la giurisprudenza prevalente ha elaborato nei decenni precedenti. Rispetto al modello giudiziale, tuttavia, essa ha apportato alcune significative novità, in

²⁴⁷ Cfr. Cass. 24 luglio 2007, n. 16347.

²⁴⁸ A prescindere dall'ipotesi del comando formativo, escluso a causa della sancita disapplicazione dei contratti di formazione e lavoro nel settore privato, V. F. SCARPELLI, *Art. 30, Distacco*, cit., p. 441; C. ZOLI, *Articolo 30*, cit., p. 339.

ribadimento di presupposti di legittimità della fattispecie, volti ad arginare un uso disinvolto della stessa²⁴⁹.

Il 1° comma dell'art. 30 qualifica come distacco l'ipotesi in cui un datore di lavoro, "per soddisfare un proprio interesse", pone uno o più lavoratori "temporaneamente" a disposizione di un altro soggetto per l'esecuzione di una determinata attività lavorativa. Da ciò si evince, *prima facie* che tale prescrizione regola il distacco proprio, senza però vietare l'utilizzo del distacco improprio o della sospensione consensuale del rapporto con stipulazione di un altro contratto di lavoro con diversa impresa purchè queste due ultime figure non vengano impiegate in modo illegittimo ossia per mascherare soluzioni illecite²⁵⁰.

Peraltro, il secondo comma della norma conferma l'orientamento di pensiero, già consolidato nel passato, secondo cui, continuando ad operare la causa dell'originario ed unico contratto di lavoro, il distaccante mantiene in capo a sé, quale datore di lavoro, la responsabilità del trattamento economico e normativo verso il lavoratore, nonché i riconnessi obblighi previdenziali, risultando del tutto privi di efficacia eventuali patti contrari²⁵¹.

Grava invece sul distaccatario, quale destinatario dei poteri direttivo ed organizzativo da esercitare nei confronti del soggetto collocato presso la propria azienda, l'obbligo di sicurezza ex art. 2087 c.c.²⁵², se pur il distaccante, unico titolare del rapporto, rimane responsabile a titolo di culpa in eligendo nel caso di assenza delle misure tecniche e di sicurezza nei luoghi di lavoro²⁵³. Ma i mutamenti più rilevanti introdotti dall'art. 30, come si accennava poc'anzi, riguardano i presupposti di legittimità del distacco che consistono, come già ampiamente ricordato in precedenza, nell'interesse del distaccante e nella temporaneità²⁵⁴.

Il dato letterale della norma induce a ritenere che, per la configurabilità

²⁴⁹ Cfr. A. ARMENTANO, *Il distacco nelle crisi*, cit., p. 459.

²⁵⁰ Cfr. Cass. 7 febbraio 2001, n. 1761.

²⁵¹ A conferma che anche prima dell'entrata in vigore dell'art. 30 del D. Lgs. 276/2003 già si adottava questa soluzione, cfr. Cass. 11 marzo 1993, n. 2910, in *Mass. Giur. Lav.*, 1993, p. 280; in senso critico v. P. ALLEVA, *La nuova disciplina*, cit., p. 178.

²⁵² Cfr. Pret. Milano 26 novembre 1996, in *Law. Giur.*, 1997, p. 333.

²⁵³ Cfr. Pret. Brescia 12 maggio 1998, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 1998, p. 969.

²⁵⁴ V. Circolare Min. Lav., cit., 2004, n.3.

della fattispecie, occorra la sussistenza di tre requisiti, ossia, insieme ai due appena citati, anche l'esecuzione di una determinata attività lavorativa. Nondimeno quest'ultimo, in verità, non può definirsi requisito, poiché costituisce una mera specificazione dell'interesse del distaccante o, per meglio dire, la sua proiezione all'interno dell'organizzazione lavorativa del distaccatario²⁵⁵.

In merito all'interesse ed alle sue peculiarità, valgono le considerazioni, sopra esposte (Capitolo I, n. 2), che la giurisprudenza ha elaborato ed espresso anteriormente al 2003. Ma può essere aggiunta, per completezza, qualche altra puntualizzazione.

La norma precisa che deve sussistere un interesse "proprio" del datore di lavoro, affermazione che presuppone non solo l'esigenza di un'accorta verifica della sua presenza nei casi di gruppi di imprese²⁵⁶, ma anche che un non imprenditore munito di autonomia organizzativa, possa avvalersi del distacco per dislocare un proprio dipendente presso altro soggetto.

Peraltro il legislatore, pur avendo attribuito un ruolo di centralità a tale presupposto, non ha provveduto a qualificarlo, impiegando l'espressione lessicale "soddisfacimento di un interesse del datore di lavoro" che appare tanto generica quanto ambigua²⁵⁷.

A fronte di ciò, il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, nel tentativo di assegnare una connotazione più precisa a questo requisito, ha compiuto un duplice intervento in materia mediante le circolari n. 3 del 15 gennaio 2004 e n. 28 del 24 giugno 2005. La prima, nell'affermare che "il distacco può essere legittimato da qualsiasi interesse produttivo del distaccante che non coincida con quello alla mera somministrazione di lavoro altrui", individua nell'interesse il parametro di valutazione della legittimità del distacco e, quindi, il confine fra questo e la somministrazione illecita di manodopera²⁵⁸. Sulla scorta delle soluzioni offerte dalla giurisprudenza dominante anteriormente al decreto 276

²⁵⁵ Cfr. P. RAUSEI, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi e distacco*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2003, p. 2211.

²⁵⁶ L'ipotesi di distacco nei gruppi di imprese era stata ritenuta legittima anche prima della Circolare Min. Lav.

del 11 aprile 2001, n. 5126183, che aveva individuato anche per tale fattispecie interesse del distaccante e temporaneità quali requisiti fondamentali per la legittimità del distacco.

²⁵⁷ Cfr. P. ALLEVA, *La nuova disciplina*, cit., p. 181; M. ESPOSITO, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, Padova, 2003, p. 150.

²⁵⁸ V. F. SCARPELLI, *Art. 30, Distacco*, cit., pp. 442-443.

del 2003, La seconda circolare chiarisce poi che “l’interesse deve essere specifico, rilevante, concreto e persistente per tutto il periodo in cui il distacco è disposto”²⁵⁹.

Nonostante si riscontri una manifesta genericità della formula normativa che, di primo acchito, sembra suscitare l’idea che gli interessi del distaccante possano essere di varia natura, da una più accurata disamina di insieme e da una interpretazione maggiormente avveduta, si addivene alla diversa conclusione che questi ultimi devono trarre origine da esigenze di marca produttiva od organizzativa²⁶⁰.

Inoltre si rimarca che, ai fini della liceità del distacco, occorre l’ulteriore presupposto della temporaneità la cui ragion d’essere pare riconducibile a due precise motivazioni: quella antielusiva, in funzione di limite all’eventuale aggiramento del divieto di fornitura di lavoro; quella di limitare nel tempo una forma di impiego del dipendente che rischia di estraniarlo dalla propria comunità di lavoro, dal collegamento anche sul piano dell’azione sindacale con gli altri lavoratori dell’impresa²⁶¹.

Con riguardo a tale requisito giustificativo, la dottrina ha espresso due distinti orientamenti interpretativi. Parte degli studiosi sostiene che l’art. 30 gli abbia assegnato un ruolo del tutto autonomo rispetto al presupposto dell’interesse, di cui, secondo la tesi formulata in passato dalla giurisprudenza, costituiva corollario. Questa posizione non presuppone che la dislocazione del lavoratore presso il terzo debba rivelarsi di breve durata e non possa essere contestuale all’assunzione del soggetto distaccato, bensì che essa debba risultare temporanea anche quando l’interesse al distacco sia di lungo periodo o definitivo. La giustificazione addotta a fondamento di tale soluzione è che apparirebbe incoerente ritenere che il distaccante rimanga l’effettivo datore di lavoro, qual’ora non richiami il proprio dipendente, presso di sé, in tempi ragionevoli²⁶².

²⁵⁹ Cfr. A. ARMENTANO, *Il distacco nelle crisi*, cit., p. 459.

²⁶⁰ Per una rassegna della giurisprudenza Cfr. M. N. BETTINI, *Alcune osservazioni sul comando o distacco del lavoratore*, in RGL, 1986, p. 76; R. DEL PUNTA, *Appalto di manodopera e subordinazione*, in GDLRI, 1995, p. 625.

²⁶¹ Cfr. F. SCARPELLI, *Art. 30, Distacco*, cit., p. 443.

²⁶² Cfr. C. ZOLI, *Articolo 30*, cit., p. 341; M. TIRABOSCHI, *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Milano, 2004, p. 228; Circolare Min. Lav., cit., 2004, n.3.

Altra corrente di pensiero afferma che il requisito de quo non viene determinato dalla volontà delle parti ossia del distaccante e del distaccatario, in quanto si rimetterebbe alla discrezionalità delle stesse l'individuazione della durata del periodo di distacco, consentendo loro di stabilire quando si rientri o meno nei limiti della temporaneità.

Quest'ultima, invece, deve essere valutata in relazione all'interesse, anch'esso temporaneo, che non può caratterizzare stabilmente e *sine die* le modalità organizzative dell'attività d'impresa²⁶³.

Più in particolare, la sussistenza della temporaneità dev'essere provata mediante un giudizio aprioristico che permetta, al momento del distacco, di prevedere, in afferenza alle peculiarità dell'attività imprenditoriale, se l'interesse sia limitato nel tempo e se lo sia, di conseguenza, anche la sua durata. Tale disamina può essere compiuta solo dinnanzi al caso concreto poiché, in ragione di quanto appena illustrato, occorrono elementi di valutazione rinvenibili unicamente nella situazione specifica.

Peraltro, per il 3° comma dell'art. 30, il distacco che implichi variazioni delle mansioni richiede il consenso del lavoratore interessato e se comporta un trasferimento ad un'unità produttiva, sita a più di cinquanta km da quella di provenienza, deve essere motivato dal datore con comprovate ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo e sostitutivo.

Tali disposizioni pongono l'accento su due fondamentali snodi dell'istituto su cui è bene soffermarsi. Innanzitutto si rammenta che il distacco, se sussistono i presupposti di legittimità succitati e se si tratta della normale attività del lavoratore, può essere disposto (come già testimoniavano pregresse decisioni giurisprudenziali), unilateralmente dal datore di lavoro poiché in capo a questi permane la titolarità nonché l'esercizio del potere direttivo. Ma alcune perplessità emergono in relazione ai limiti entro i quali si possano mutare le mansioni con il consenso del lavoratore e al rapporto sussistente fra la previsione normativa e l'art. 2103 c.c..

A tale ultimo riguardo, occorre precisare che non pare plausibile leggere nell'art. 30 una deroga ai limiti imperativi dell'art. 2103 c.c. in quanto questa

²⁶³ V. F. SCARPELLI, *Art. 30, Distacco*, cit., pp. 442-443; G. DE SIMONE, *La titolarità dei rapporti di lavoro*, cit., p. 296.

non solo eccederebbe i confini della delega legislativa ma dovrebbe, per lo meno, essere esplicitata. Piuttosto, pare plausibile che la norma del decreto sia volta a procedimentalizzare il potere datoriale di gestione del rapporto, stabilendo il limite del consenso quale strumento teso a un ribilanciamento fra le posizioni delle parti in una situazione che influisce notevolmente sulle condizioni del soggetto distaccato: infatti, dato che in questi casi non si profila solo una modifica in senso equivalente o migliorativo delle mansioni, ma muta il soggetto destinatario delle prestazioni che non è più il distaccante ma il distaccatario, al lavoratore è riconosciuto, diversamente da quanto accade nel normale svolgimento del rapporto di lavoro, il diritto di approvare o meno, mediante lo strumento del consenso, la variazione delle medesime senza incorrere, chiaramente, in conseguenze di natura disciplinare.

Per contro, qual'ora il contenuto delle prestazioni rimanga inalterato e cambi unicamente il destinatario delle stesse, non occorre il consenso del dipendente, proprio in ragione del fatto che in tali circostanze il potere direttivo esercitato dal datore non risulta così invasivo da creare uno squilibrio eccessivo fra le due parti contrattuali.

Anche sul primo periodo del comma terzo dell'art. 30, è intervenuta, in modo pressoché maldestro, la già menzionata circolare ministeriale n. 3 del 2004, che ha fornito un'interpretazione al quanto discutibile della norma, asserendo che “il consenso del lavoratore vale a ratificare l'equivalenza delle mansioni, laddove il mutamento di esse, pur non comportando un demansionamento, implichi una riduzione e o una specializzazione dell'attività effettivamente svolta, inerente al patrimonio professionale del lavoratore stesso”. Detta affermazione risulta viziata da una pacifica contraddizione in termini: infatti se non si configura un demansionamento non si pone nemmeno il problema di ratificare mediante il consenso l'equivalenza delle mansioni²⁶⁴; ma se la riduzione e o specializzazione dell'attività effettivamente svolta, inerente al patrimonio professionale del lavoratore, pare porre, profilando un demansionamento, cospicui problemi di equivalenza, risulta inammissibile assegnare al consenso del lavoratore, la valenza di ratifica della stessa poiché, in tal modo, si apporterebbe un'implicita modifica alla natura

²⁶⁴ Cfr. C. ZOLI, *Articolo 30*, cit., p. 342.

imperativa dell'art. 2103 c.c.²⁶⁵

In ogni caso, il consenso, quando richiesto, non costituisce presupposto di legittimità del distacco con riguardo al divieto di interposizione, ma interviene nell'ambito del rapporto di lavoro, permettendo al lavoratore di rifiutare, senza incorrere in eventuali e conseguenti sanzioni le variazioni alle proprie prestazioni che il datore intende operare.

Anche il secondo periodo dell'art. 30 che, come accennato sopra, impone al distaccante di fornire ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo e sostitutivo qual'ora intenda trasferire un dipendente in un'azienda sita ad oltre cinquanta km di distanza dalla propria, ingenera, sul piano interpretativo, non poche perplessità. Se si ammette che il distacco soggiace alle disposizioni dettate dall'art. 2103 c.c., non si comprende la ragione in forza della quale l'appena menzionato limite dell'esplicitazione delle causali giustificative, sancito dall'art. 30 c.c. per la modifica del luogo di lavoro, debba valere unicamente per i trasferimenti geograficamente più rilevanti e non in senso assoluto come accade per tutti gli altri lavoratori. In tal modo, infatti, viene a configurarsi l'illegittimità costituzionale della norma sul versante dell'eccesso di delega poiché la legge 30 demanda all'art. 30 del decreto il compito di regolare il comando e distacco, senza però poter disciplinare il rapporto di lavoro, tanto meno in deroga a norme generali sul lavoro subordinato. Se, invece, si conviene sulla soluzione contraria adottata dalla già citata circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, ossia il non assoggettamento del distaccante ai dettami dell'ultimo periodo del primo comma dell'art. 2103 c.c.²⁶⁶, la norma, introducendo il limite del consenso per i trasferimenti in luoghi più distanti, sembra garantire al lavoratore distaccato condizioni migliorative rispetto a quelle previste per lo stesso in occasione di una dislocazione presso un'azienda ubicata entro cinquanta km. da quella in cui opera. Anche in questo caso, comunque, si finisce per trascendere le competenze del potere legislativo che la Legge 30 ha delegato ai redattori del decreto 276 del 2003.

Ma rispetto ai rilievi poc'anzi segnalati, risulta ancor più significativo il

²⁶⁵ Cfr. A. ARMENTANO, *Il distacco nelle crisi*, cit., p. 460.

²⁶⁶ Cfr. Circolare Min. Lav., cit., 2004, n. 3 e Circolare Min. Lav. del 25 giugno 2005, n. 28; sul punto vedi anche P. ALLEVA, *La nuova disciplina*, cit., p. 181; M. ESPOSITO, *Profili costituzionali*, cit., p. 150.

rischio che la norma si ponga in conflitto con i presupposti di legittimità dell'istituto, in precedenza analizzati, e, quindi, appaia praticamente superflua: infatti i requisiti dell'interesse del distaccante e della temporaneità del distacco debbono essere legati obbligatoriamente, come già evidenziato, a dati oggettivi, organizzativi e produttivi, i quali, per definizione, integrano le ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo e sostitutivo.

A fronte di tale considerazione, sembra piuttosto arduo configurare una differenziazione fra gli elementi obbiettivi che supportano i presupposti di legittimità della fattispecie e le motivazioni che rendono possibile la dislocazione del lavoratore presso l'azienda del distaccatario. Pertanto, anche nel caso di trasferimento fino ai cinquanta km, incorre sul distaccante, dinnanzi ad un'eventuale contestazione afferente alla legittimità del distacco, dimostrare la sussistenza delle ragioni organizzative necessarie ai fini della liceità dell'istituto, che, non difficilmente, coincidono con quelle disposte dalla norma come indispensabili per il trasferimento del soggetto distaccato.

7. Tensioni e convergenze tra diritto nazionale e diritto comunitario nella regolazione dell'istituto. Considerazioni di sintesi.

Con il D. Lgs. 72/2000, l'ordinamento italiano ha sostanzialmente ripreso le tre ipotesi di distacco contemplate dalla Direttiva, al fine di darvi attuazione nel panorama nazionale.

Si rileva anzitutto che l'impianto del decreto *de quo* è stato concepito con l'intenzione di ricondurre la fattispecie nel quadro della (allora ancora vigente) legge 1369 del 1960, sul divieto di interposizione di manodopera²⁶⁷. In tale operazione, il legislatore nazionale ha tentato di riprendere i profili fondamentali del provvedimento dell'Ue e di adattarli alla definizione di distacco che la giurisprudenza aveva elaborato nei decenni precedenti²⁶⁸.

Ma nel 2003 è intervenuto il D. Lgs. 27, che all'art. 30 detta una disciplina

²⁶⁷ V. S. MARETTI, *Il recepimento della direttiva*, cit., p. 1156.

²⁶⁸ V. Capitolo Primo, Par. 2.

organica dell'istituto a livello nazionale, segnando alcune differenze con la figura del distacco regolata dal decreto di trasposizione del 2000. Da qui l'esigenza di una comparazione fra la fattispecie contenuta nel Decreto attuativo e quella prevista dall'art. 30: anche perchè le due nozioni di distacco sono diverse tra loro e tendono al raggiungimento di obiettivi differenti. La fattispecie di derivazione comunitaria, invero, delimita il campo di attuazione della propria disciplina; con la nozione nazionale di distacco si tende piuttosto ad individuare quale sia la fattispecie circolatoria lecita²⁶⁹. Inoltre le due nozioni non collimino affatto, se non per la parziale sovrapposizione in relazione all'ipotesi definita dalla lett. b dell'art. 3.1 della Direttiva, richiamata anch'essa nel decreto attuativo.

La parzialità della sovrapposizione, sia pure entro questi limiti, è determinata dal fatto che mentre la norma comunitaria nonché il Decreto attuativo fanno riferimento al distacco presso uno stabilimento dell'impresa distaccante o presso un'impresa appartenente al gruppo, quella dell'ordinamento italiano non richiede necessariamente che ricorra quest'ultimo elemento; tuttavia si sottolinea che, per contro, in via amministrativa è stato chiarito che il requisito del 'proprio interesse' deve sussistere specificamente anche nel caso di distacco intercorrente tra imprese di uno stesso gruppo, nel senso che la presenza di questo elemento non è di per sé in grado di soddisfare ovvero assorbire quel requisito²⁷⁰.

Si tratta di una differenza particolarmente interessante, dato che, in verità, nel progetto originario della Direttiva sul distacco, quale risultante dalla proposta della Commissione del 15.6.1993, non vi era alcun riferimento al fatto che il distacco dovesse avvenire presso un proprio stabilimento ovvero in un'impresa del gruppo insediati in altro Stato membro, riferimento poi introdotto dal Consiglio nella fase di discussione finale; per effetto di questa modifica, il distacco di lavoratori dipendenti da un'impresa di uno Stato membro presso un'altra impresa insediata in altro Stato membro, che non abbia con la prima nessun legame, nemmeno 'di gruppo', non rientra nel

²⁶⁹ Cfr. U. CARABELLI, *Una sfida determinante*, cit., p. 19.

²⁷⁰ Cfr. Circolare Min. Lav., cit., 2004, n. 3 e Circolare Min. Lav. 2005, n. 28.

campo di applicazione della Direttiva²⁷¹.

A tal proposito, è opportuno segnalare come si sia in presenza di un'esclusione potenzialmente assai pericolosa rispetto al problema della tutela di quei lavoratori: basti pensare che nell'Explanatory Memorandum predisposto dalla Commissione per la presentazione della originaria proposta di Direttiva del 1° agosto 1991,278 (Com. (91) 230 final – SYN 346 con riferimento all'ipotesi delle «*undertakings which place a worker with one of their establishments or with another undertaking whether an associated undertaking or not, established in another Member State to carry out temporary work*», si sottolineava l'importanza fondamentale della medesima, dato che la sua mancanza avrebbe potuto «*make the whole Directive meaningless*»²⁷².

Peraltro il raffronto de quo risulta assai utile per verificare se i presupposti di legittimità dettati dall'art. 30 per la realizzazione del distacco debbano essere impiegati anche per porlo in essere nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi eseguita in forza della Direttiva e del suo Decreto attuativo D. Lgs. 72/2000.

In altre parole, detta comparazione può chiarire se un'impresa stabilita in Italia che distacchi un proprio lavoratore presso un'altra impresa dello stesso gruppo insediata all'estero debba obbligatoriamente disporre di un interesse al distacco in adempimento all'art. 30, o ne sia esentata dalla presenza della generica previsione della Direttiva nonché dal fatto che al lavoratore distaccato si applica comunque la legislazione di tutela vigente nel paese ospitante.

Per converso, il raffronto in essere potrebbe aiutare ulteriormente a chiarire se il legislatore nazionale possa pretendere o meno da un'impresa stabilita in un altro stato membro che intenda distaccare un proprio dipendente in un'impresa del medesimo gruppo insediata in Italia di avere un interesse ex art. 30 capace di giustificare il distacco²⁷³.

Occorre inoltre sottolineare che le incertezze appena segnalate, da esaminare anche alla luce del rapporto con la libera prestazione di servizi ex

²⁷¹ Cfr. M. ESPOSITO, *La mobilità del lavoratore*, cit., p. 67; U. CARABELLI, V. LECCESE, *Libertà di concorrenza*, cit., p. 565.

²⁷² Cfr. Direttiva 96/71/Ce, punto 20.

²⁷³ Cfr. U. CARABELLI, op. ult. cit., p. 9.

art. 49 TCE, interessano negli stessi termini l'ipotesi di distacco che avvenga presso un'impresa non appartenente al gruppo e stabilita in un altro paese dell'Ue, benché tale caso non rientri nell'ambito di applicazione della specifica disciplina della Direttiva la quale, in ogni modo, non osta alla sua realizzazione.

Sulla questione è intervenuta, se pur in relazione ad una controversia piuttosto particolare, la Corte di Giustizia che, nel caso Peralta del 1994, ha sostenuto che non confligge con il Trattato dell'Ue il divieto di svolgimento di una determinata prestazione di servizi quale lo scarico di sostanze chimiche nocive, da parte di un'impresa insediata in uno Stato membro, tanto in zone marine di quest'ultimo, quanto in zone marine di altro Stato membro, dato che tale divieto «non deriva dalla normativa di uno Stato membro sul cui territorio viene eseguita una prestazione di trasporto, ma dalla normativa dello Stato membro in cui l'impresa ha fatto immatricolare la nave comandata dall'interessato e in cui essa è stabilita» e poiché esso «si applica obiettivamente a tutte le navi senza distinzione, sia che esse effettuino trasporti interni all'Italia sia che effettuino trasporti a destinazione degli altri Stati membri²⁷⁴.

Ancor più rilevante sul piano chiarificatorio appare il dato per cui la giurisprudenza dell'Ue, probabilmente anche in ragione del fatto che la determinazione dell'art. 30 inerente alla necessità della presenza dell'interesse viene ritenuta una norma concepita prevalentemente a tutela dei lavoratori, non ha mai lasciato spazio alle recriminazioni di imprenditori interni i quali lamentavano che i vincoli imposti dalla normativa di tutela del lavoro prevista dallo Stato membro in cui erano insediati, nonostante fossero applicabili senza alcuna discriminazione, violavano la loro libertà di prestazione dei servizi in altri Stati membri²⁷⁵.

Sulla scorta di detti riscontri, pare di poter optare per la legittimità dell'imposizione del su citato limite dell'interesse di cui all'art. 30, proprio nella misura in cui esso abbia carattere generale e si applichi a qualunque distacco temporaneo di lavoratori da parte di imprese stabilite in un paese dell'Ue presso altre imprese sia insediate sul medesimo territorio sia entro i confini di

²⁷⁴ Cfr. CGCE, 14 luglio 1994, C-379/92, Peralta, punti 49-54; CGCE, 10 maggio 1995, C-384/1993, Alpine, punti 11-13.

²⁷⁵ Cfr. CGCE, 14 luglio 1981, C-155/80, Oebel; CGCE, 17 dicembre 1998, C-2/97, Borsata; in dottrina v. U. CARABELLI, V. LECCESE, *Libertà di concorrenza*, cit., pp. 568-573 e 581-582.

un altro stato membro.

Si precisa che in quest'ultima circostanza, allorché l'impresa distaccataria appartenga allo stesso gruppo della distaccante, si rientrerà nell'ambito di applicazione della Direttiva.

Pertanto, un'impresa stabilita in Italia che distacchi temporaneamente un proprio dipendente presso un'impresa dello stesso gruppo insediata in un altro paese dell'Ue, deve manifestare un legittimo interesse ex art. 30 che giustifichi l'adozione del provvedimento di distacco²⁷⁶.

Un'ulteriore differenziazione fra la disciplina nazionale e quella del decreto attuativo è costituita dal fatto che mentre per il distacco ex art. 30 l'esercizio del potere direttivo appartiene al distaccatario, in quello ex art. 1, comma primo del Decreto di recepimento ricade in capo al distaccante. Diversamente, al datore di lavoro straniero non è richiesto l'esercizio del potere direttivo se pur quest'ultimo, nel caso di distacco intragruppo, non deve ritenersi escluso.

La prima ipotesi di distacco sancita dall'art. 1, comma primo del Decreto attuativo si potrebbe qualificare come distacco improprio²⁷⁷ o trasferta²⁷⁸, con la precisazione che solo nel distacco intragruppo l'eventuale assegnazione dell'esercizio del potere direttivo da parte di un'impresa straniera alla collegata italiana configurerebbe, in forza dell'art. 30, un distacco in senso proprio. Dunque, solo in quest'ultima circostanza, come già anticipato, necessita porsi la questione dell'applicazione del presupposto di legittimità della fattispecie costituito dall'interesse imprenditoriale specifico del distaccante.

Ma il confronto con i criteri di liceità dettati dal diritto del lavoro italiano non afferisce unicamente al distacco. Infatti, la prima tipologia di distacco prevista dall'art. 1, comma primo del Decreto attuativo, benché non realizzi un distacco ai sensi dell'art. 30, pone comunque in essere un appalto sulla cui genuinità lo stato ospitante potrebbe voler esprimere la propria posizione.

Questo potrebbe accadere anche nell'ambito della seconda ipotesi contemplata dall'art. 1, comma primo del Decreto di recepimento ovvero il distacco intragruppo ove risulta possibile che il distacco disposto da un'impresa straniera per dislocare il proprio lavoratore presso la controllata

²⁷⁶ Cfr. R. FOGLIA, *Il distacco del lavoratore*, cit., p. 808.

²⁷⁷ Cfr. G. BALANDI, *La Direttiva comunitaria*, cit., p. 123.

²⁷⁸ Cfr. M. ESPOSITO, *Distacco dei lavoratori*, cit., p. 574.

italiana appartenente allo stesso gruppo sia teso a porre in essere un'opera o un servizio²⁷⁹.

Del resto la Direttiva non chiarisce in alcun modo, come preannunciato, se la normativa del paese ospite risulti competente ad esprimersi, mediante i propri dettami, sulla genuinità dell'operazione. In ogni modo, se l'intenzione del legislatore consisteva, come anticipato nelle battute iniziali di questo paragrafo, nel ricondurre la fattispecie nel quadro della Legge 1369 del 1960, si nutre la convinzione che questi ambisse anche all'ulteriore obiettivo di permettere al giudice italiano di sindacare, in ragione delle proprie regole nazionali, la liceità della vicenda circolatoria²⁸⁰.

Nel corpo della Direttiva, i principi che sottendono questi criteri dovrebbero, sulla scorta dell'art. 3.10, avere carattere di ordine pubblico.

²⁷⁹ Cfr. S. MARETTI, *Il recepimento della direttiva*, cit., p. 1555.

²⁸⁰ Cfr. Circolare del Ministero del Lavoro, n. 78 del 2001.

Bibliografia

ANGIELLO L., (1986), *Il trasferimento dei lavoratori*, Cedam, Padova, 1986, p. 73

ALLAMPRESE A. (1999), *Distacco di impresa estera e libertà di circolazione*, in *Lav. Giur.*, 1059 ss.

ARMENTANO A., *Il distacco nelle crisi e nelle riorganizzazioni aziendali*, in *Sezione Quinta, Organizzazione d'impresa e variabilità dell'impiego*, p. 455.

BALANDI G. (1998), *La direttiva comunitaria sul distacco dei lavoratori: un passo avanti verso il diritto comunitario del lavoro*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 115 ss.

BALLESTRERO M. V. (1994), *Lavoro subordinato e discriminazione fondata sulla cittadinanza*, in *D.L.R.I.*, 1994, p. 481

BANO F. (2001), *La retribuzione minima garantita ai lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione di servizi*, in *Orient. Giur. Lav.*, II, 10 ss.

BANO F. (2008), *La circolazione comunitaria di servizi labour intensive*, in *Lav. Dir.*, 2008, 7 ss.

BANO F. (2008), *Diritto del lavoro e libera prestazione di servizi nell'Unione Europea*, Mulino, Bologna.

BARBERA M. (2000), *Dopo Amsterdam. I nuovi confini del diritto sociale comunitario*, Promodis Italia Editrice, Brescia.

BARBERA M. (a cura di) (2006), *Nuove forme di regolazione: il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali*, Giuffrè, Milano.

BARNARD C., (2006), *The substantive law of the Eu. The Four freedoms*, Oxford University Press, 2006, p. 344

BARNARD C., (2006), *Ec Employment law*, Oxford University press, Oxford, 2006, p. 277

BARNARD C. – DEAKIN S. (2000), *In search of coherence: social policy, the single market and fundamental rights*, in *Industrial Relations Journal*, 331 ss.

BARNARD C., DEAKIN S., (2001), *Market Access and Regulatory competition*, in *Jean Monnet Working paper 9/01*, 2001.

BELLAVISTA A. (2006), *Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nel diritto del lavoro*. in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" – 47/2006.

BETTINI M.N., (1986), *Alcune osservazioni sul comando o distacco del lavoratore*, in R.G.L., 1986, p. 76

BONARDI O., (2001), *L'utilizzazione indiretta dei lavoratori*, Franco Angeli, Milano, 2001, p. 119

BORELLI S. (2008), *Un possibile equilibrio tra concorrenza leale e tutela dei lavoratori. I divieti di discriminazione*, in *Law. Dir.*, 2008, 125 ss.

CALÀ F., (1999), *Il trasferimento del lavoratore*, Cedam, Padova, 1999, p. 103.

CAPURRO F. (2004), *Il distacco*, in *D&L*, 2002, 260 ss.

CARABELLI U. (2008), *Note critiche a margine delle sentenze della corte di giustizia nei casi Laval e Viking*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2008, 148 ss.

CARABELLI U. (2007), *Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione di servizi nell'CE*, in *Riv. Giur. Lav.*, II, .33 ss.

CARABELLI U., LECCESE. V. (2005), *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di favor e di non regresso nelle direttive sociali*, Wp C.S.D.L.E., "Massimo Dantona", 2005, p. 555

CARINCI M.T., (2000), *La fornitura di lavoro altrui*, in *Comm. Schlesinger*, Giuffrè, Milano, 2000.

CINELLI M. (2007) *Distacco e previdenza nella prestazione transnazionale di servizi*, in *Law. Giur.*, 124 ss.

Circolare del ministero del lavoro e delle politiche sociali, Del 15 gennaio 2004, n.3

CONDINANZI M., LANG A., NASCIMBENI B., (2003), *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 165

CORTI M. (2008), *Le decisioni Itf e Laval della Corte di Giustizia*, in *RIDL*, 2008, 249 ss.

DAVIES P. (1997), *Posted workers: single market or protection of national labour law systems?*, in *CMLR*, 571 ss.

DAVIES P. (1998), *Posted workers: single market or protection of national labour law systems*, in *Common Market Law Review*, 571 ss.

DAVIES P. (2002), *The posted workers directive and the EC Treaty*, in

Industrial Law Journal, 2002, 298 ss.

DAVIES P. (2008), *One step forward, two steps back? The Viking and Laval cases in the ECJ*, in *Ind. Law Journal*, 2008, 126 ss.

DEL PUNTA R., (1995), *Appalto di Manodopera e subordinazione*, in *Giorn. Dir. Lav. E Relazioni Ind.*, 1995, p. 646

DE LUCA TAMAJO R. (2005), *Trasferimento di azienda, esternalizzazione del lavoro, somministrazione, appalto dei servizi, distacco, nella riforma del diritto del lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 59 ss.

DE SIMONE G., (1995), *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza. Interposizione, imprese di gruppo, lavoro interinale*, Franco Angeli, Milano, 1995, p. 304

ESPOSITO M., (1996) *Distacco e prestazione di lavoro a favore del terzo*, in *Giorn. Dir. Lav. E Relazioni Ind.* 1996, p. 119

ESPOSITO M. (2002), *La mobilità del lavoratore a favore del terzo*, Jovene, Napoli, 2002, p. 41.

ESPOSITO M., (2003), *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, Cedam, Padova, 2003, p. 150

ESPOSITO M. (2006), *Distacco dei lavoratori e prestazione di servizi: problematiche e prospettive di un contemperamento possibile*, *Dir. Lav. Merc.*, 571 ss.

FERRANTE V. (2004), *Sulla nozione di distacco e sulla novità delle domande in grado d'appello*, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 138 ss.

FOGLIA R. (2001), *Il distacco del lavoratore nell'Unione europea: la normativa comunitaria*, in *Mass. Giur. Lav.*, 806 ss.

FOQUET B. - LACAUX B. (2005), *Le politiche di mobilità nelle imprese transnazionali*, in *LD*, 2005, p. 475

FRANZINA P., (2008), *Questioni relative al distacco del lavoratore nel diritto internazionale privato della Comunità europea*, in *Lav. Dir.*, 2008, 97 ss.

GALANTINO L. (2005), *Diritto comunitario del lavoro*, Giappichelli, Torino.

GAMBACCIANI M. (2005), *La disciplina del distacco nell'art. 30 del d.lgs. 276 del 2003*, in *Arg. Dir. Lav.*, 203 ss.

GARATTONI M., (2006), *Comando, distacco e altri strumenti di mobilità temporanea nel pubblico impiego tra organizzazione ed esigenze di flessibilità*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2006, 845 ss.

-
- GENGHINI M., (1992), *Il distacco del lavoratore*, in *Mass. Lav. Giur.*, 1992, p. 420 ss.
- GIESEN R. (2003), *Posting: social protection of workers Vs. fundamental freedoms?*, in *Common Market Law Review*, 143 ss.
- GIUBBONI S. (2003), *Diritti sociali e mercato*, Il Mulino, Bologna.
- GIUBBONI S. (2006), *Il primo dei diritti sociali. Riflessioni sul diritto al lavoro tra Costituzione italiana e ordinamento europeo*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" – 46/2006*.
- GIUBBONI S., ORLANDINI G., *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea*, Mulino, Bologna, p. 132
- GRANDI M., (1972), *Le modificazioni del rapporto di lavoro. 1. Le modificazioni soggettive*, Giuffrè, Milano, 1972, p. 213
- GRANDI M., (1990), Voce "Modificazioni aziendali del rapporto di lavoro", in *Enciclopedia Giuridica xx*, Roma, 1990, p. 5 ss.;
- GREPPI E., (1999), *Stabilimento e servizi nel diritto comunitario*, in *DI IV*, Sez. Pubbl., Vol. XIV, 1999, p. 490
- HEPPLE B., (2005), *Labour Laws and global trade*, Hart publishing, Oxford, 2005, p. 13 ss
- HATZOPOULOS V., (2000), *Recent development of the case law of the ECJ in the Field of service*, in *CMLR*, 2000, p. 60)
- ICHINO P., (2000), *Il contratto di lavoro*, Tratt. In Cicu-Messineo, I, Milano 2000, p. 404
- LHERNOULD J., (2005), *La loi 2 aout 2005 et le détachement transnational de travailleurs. Le plombier polonais est-il mort ?*, in *DS*, 2005, p. 1196
- LO FARO A., (1999), *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria. La contrattazione collettiva come risorsa dell'ordinamento giuridico comunitario*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 65 ss
- LO FARO A. (2005), *'Turisti e vagabondi'. Riflessioni sulla mobilità internazionale dei lavoratori nell'impresa senza confini*, in *Lav. Dir.*, 437 ss.
- LO FARO A.– ANDRONICO A. (2005), *Metodo aperto di coordinamento e diritti fondamentali. Strumenti complementari o grammatiche differenti?*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 513 ss.
- LO FARO A. (2008), *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno:*

considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking, in *Lav. Dir.*, 2008, 63 ss.

LUNARDON F. (2006), *Il distacco del lavoratore nel D.lgs. 276/2003*, in *Giur. Piem.*, 177 ss.

LYON CAEN A. (1989), *La libre circulation des travailleurs dans la Communauté économique européenne*, in *Droit Social*, 528 ss.

LYON CAEN A. (1991), *Le droit, la mobilité et les relations du travail: quelques perspectives*, in *RMC*, 108 ss.

LYON CAEN A. (2005), *Le travail dans le cadre de la prestation internationale de services*, in *Droit Social*, n. 5, 503 ss.

MAGNANI M., (1998), *Il diritto applicabile ai rapporti di lavoro internazionali tra legge e contratti collettivi*, in *QDLRI*, 1998, p. 89

MAGRINI S., (1980), *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro*, Franco Angeli, Milano, 1980, p. 59 ss

MANCINI F., (1954), *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1954, pp. 15 ss

MANCINO R. (2000), *Distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 899 ss.

MARETTI S. (2000), *Il distacco dei lavoratori nel quadro della libera prestazione di servizi*, in *Mass. Giur. Lav.*, 223 ss.

MARETTI S. (2000), *Il recepimento della direttiva CEE sul distacco dei lavoratori*, in *Mass. giur. lav.*, 1148 ss.

MASTROIANNI R., (2005), *La libera prestazione dei servizi*, in G. STROZZI, (a cura di), *Diritto dell'Unione Europea. Parte speciale*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 229

MAZZOTTA O., (2003), *Il mondo al di là dello specchio: la delega sul lavoro e gli incerti confini della liceità nei rapporti interpositori*, in *RIDL*, 2003, 265 ss.

MONACO M.P. (2004), *Art. 30. Il distacco del lavoratore*, in CARINCI M.T.,

CESTER C. (a cura di), (2003), *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, in CARINCI F. (coordinato da), *Commentario al D. lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Ipsoa, Milano, 2004, II, 204 ss.

MOREAU M. A., (1996), *Le détachement des travailleurs effectuant une prestation de services dans l'Union européenne*, in *Journal du droit international*, 889 ss.

MOREAU M.A., *La notion d'entreprise en droit social communautaire*, in *DS*,

-
- NADALET S. (2008), *L'attuazione della Direttiva 96/71 sul distacco*, in *Lav. Dir.*, 2008, 37 ss.
- NASCIMBENE B. (a cura di) (1998), *La libera circolazione dei lavoratori. Trent'anni di applicazione delle norme comunitarie*, Milano, Giuffrè.
- NERI S., (1990), *La mobilitè territoriale ed professionelle des travailleurs dans l'espace europeen*, in *R.D.E.*, 1990, p.255
- NOBILI A., (1998), *La mobilità estera, (trasferimento, trasferta, distacco ecc., nella giurisprudenza italiana*, in *Quad. Dir. Lav. E Relaz. Ind.*, 1998, 20, p. 197 ss
- NOGLER L., (2006), *Introduzione al mercato unico delle "attività autonome"*, in L. NOGLER L.(a cura di), *Le attività autonome*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 17
- OJEDA AVILÉS A. (1997), *European Collective Bargaining and Posted Workers. Comment on Directive 96/71/EC*, in *The Internazional Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 127 ss.
- ORLANDINI G. (2008), *Considerazioni sulla disciplina del distacco dei lavoratori stranieri in Italia*, in *RIDL*, 2008, 59 ss.
- ORLANDINI G. (1999), *La disciplina comunitaria del distacco dei lavoratori fra libera prestazione di servizi e tutela della concorrenza: incoerenze e contraddizioni nella Direttiva n. 71 del 1996*, in *Arg. Dir. Lav.*, 465 ss.
- PALLINI M. (2006), *Il caso Laval-Vaxholm: il diritto del lavoro comunitario ha già la sua Bolkestein?*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, II, 239 ss.
- PALLINI M. (2006), *Posted workers: Italian regulation and dilemmas*, in *Mobility of services and posting of workers in the enlarged Europe*, numero speciale di *Transfer*, 2/2006, 272 ss.
- PERULLI A., (1996), *Il lavoro autonomo*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 39
- PIGNAL S. ed altri, (2009), *Prussels signals rethink on labour movement rules*, in *Financial Times*, 5 febbraio 2009
- PIZZOFERRATO A., (1993), *Prestito del lavoratore, interesse del datore distaccante e consenso del lavoratore*, *RIDL*, 1993, 11, p. 436
- POCAR F. (2004), *Diritto dell'Unione e delle Comunità europee*, Giuffrè, Milano
- RAUSEI P., (2003), *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi e distacco*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2003, 2211
- ROBIN S., *L'application du droit social francais aux entreprises prestataires de services etablies a l'etranger*, in *Droit Social*, n. 2, p. 127

ROCCELLA M. – TREU T. (2002), *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Cedam, Padova.

SANTORO PASSARELLI G., (1990), *Il patto di distacco*, Nota a Pret. Palermo, 26 ottobre 1988 e a Trib. Palermo, 27 settembre 1989, in *Dir. Lav.*, 1990, 11, 9

SCARPELLI F. (2004), *Art. 30. Distacco*, in GRAGNOLI E., PERULLI A., *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Cedam, Padova, 440 ss.

SCIARRA S., (2008), *Viking e Laval: Diritti collettivi e mercato nel recente dibattito europeo*, in *Lav. Dir.*, 2008, pp. 249-251

SCIARRA S., (2009), *Diritti collettivi e interessi transnazionali: dopo Laval, Viking, Rüffert, Lussemburgo*, in ANDREONI – VENEZIANI (a cura di), *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione Europea*, Roma, 2009, 23 ss.

TESAURO G., (2003), *Diritto comunitario*, Cedam, Padova, 2003, p. 541

TIRABOSCHI M., (2004), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 228

TIZZANO A., (1985), *La libera circolazione dei servizi nella Cee. Profili generali* in A. TIZZANO, (a cura di), *Professioni e servizi nella Cee*, Cedam, Padova, 1985, p. 43

TIZZANO A., (2004), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 406

TOSI P. – LUNARDON F. (2005), *Introduzione al diritto del lavoro. 2 – L'ordinamento europeo*, Laterza, Roma-Bari.

VACHET G. (1989), *L'égalité de traitement entre travailleurs communautaires*, in *Droit Social*, 539 ss.

VENEZIANI V., (2008), *La Corte di giustizia e il trauma del cavallo di Troia*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2008, II, p. 295 ss

VENEZIANI B. (2006), *La Costituzione europea e le icone della solidarietà*, in GAROFALO D. – RICCI M., *Percorsi di diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 13 ss.

VILLANI U., (2000), *La convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, Cacucci, Bari, 2000, p. 8 ss

ZOLI C. (2003), *Il distacco del lavoratore nel settore privato*, in *Dir. Lav.*, 935 ss.

ZOLI C. (2004), *Distacco*, in PEDRAZZOLI M. (coordinato da), *Il nuovo*

mercato del lavoro. D. lgs. 10 settembre 2003, n. 276, Zanichelli, Bologna, 329 ss.

ZOLI C. (2004), *Art. 7*, in PEDRAZZOLI M. (coordinato da), *Inserito sulla correzione della c.d. riforma Biagi. D. lgs. 6 ottobre 2004, n. 251, Zanichelli, Bologna,*
20